Die Bedeutung des Stillschweigens innerhalb der §§ 346 und 362 des Handelsgesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Schweiger
aus Eger
Referendar in Landshut

Approbiert am 16. Juli 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929

29:338

Referent:
Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

		Seite:
§ 1.	I. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung	1
§ 2.	1. Ueberblick über die Theorien	3
§ 3.	2. Kurze Begriffsentwicklung	6
§ 4.	II. Stillschweigen im Handelsrecht, § 346 HGB. . . .	13
§ 5.	1. Die stillschweigende Anwendung der Handelsgebräuche	14
§ 6.	a) Bedeutung der Usance als Interpretationsmittel	15
§ 7.	b) Ergänzende Kraft der Usance	17
§ 8.	c) Anfechtungsmöglichkeit einer durch die Unsance geschaffene Erklärung	20
§ 9.	2. Das Stillschweigen im Rahmen der Handelsgebräuche	22
§ 10.	a) Zusendung unbestellter Waren	23
§ 11.	b) Offerte im allgemeinen	28
§ 12.	c) Faktura	30
§ 13.	d) Kommissionskopie, Bestellschein	35
§ 14.	e) Bestätigungsschreiben	39
§ 15.	f) Allgemeine Geschäftsbedingungen	46
	III. Stillschweigen und Antwortpflicht nach § 362 HGB.	
§ 16.	1. Rückblick auf die Entstehung der Vorschrift . .	52
§ 17.	2. Besondere Merkmale des § 362	56
§ 18.	3. Objektive Anwendung des Schweigens	63

Literaturverzeichnis.

I.

Anschütz: Kommentar zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Bd. Erlangen 1874.

Aßmann: Die unbestellten Zusendungen, Berlin 1901.

Brodmann: In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, Abt. II.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I 2. Aufl. 1899, 9. Auflage 1922.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911.

Dedlow: Inwieweit ist das Stillschweigen einer vertragschließenden Partei für den Abschluß und den Inhalt des Vertrages von Bedeutung, Diss. Greifswald 1926.

Dernburg: Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl. 1892.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. Bd. 2 Halle 1919.

Dove: Subiektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung in JW. 1916 S. 368.

Dove-Apt: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, Berlin 1901.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1910, Bd. II.

Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I 1913, Bd. IV Abt. I u. II, Leipzig 1917/18.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Bd. I u. II, Berlin 1899.

Engelmann: Das alte und neue Bürgerliche Recht, 1899.

Endemann, W.: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II, Leipzig 1882.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1921.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten.

Girardet: Die Bedeutung des Schweigens bei Vertragsschlüssen, Diss. Marburg 1927.

Gareis: Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschen Handelsrecht, Würzburg 1870.

Gareis-Fuchsberger: Das Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.

Goldschmit: Handelsgesetzbuch, Handkommentar. München 1929.

Hagen: Die Usance und Treu und Glauben im Verkehre, Leipzig 1894.

Hanausek: Fakturen und Fakturenklauseln nach österreichischem Recht, Wien 1891.

Hartmann: Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens, im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 73, S. 1 ff.

Henle, Rudolf: Vorstellungs- und Willenstheorie, Leipzig 1910.
Hölder: Zur Theorie der Willenserklärung, in der Festschrift für Degenkolb, Leipzig 1905.
Jakobsohn: Das Schweigen im Handelsverkehr, in Bank-Archiv, Jahrgg. III.
Kaufmann: Handelsrechtliche Rechtsprechung, Bd. 12.
Köhler: Die sog. stillschweigende Willenserklärung nach dem Recht des BGB., Diss. Jena 1903.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. 1921.
Laband: Die Handelsusancen in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch Bd. II, Berlin 1901.
Leonhard: Irrtum bei nichtigen Verträgen, Teil I, 1882.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum BGB. Bd. I, Berlin-Leipzig 1923.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar Bd. II, 13. Aufl., Berlin 1907.
Malß: Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M. in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II, Berlin 1896.
Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.
— Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
— Bemerkungen über die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr, im Zentralblatt für Handelsrecht.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 1913
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.
Puchelt: Kommentar zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. Leipzig 1894.
Rehme: Geschichte des Handelsrechts in Bd. I von Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts.
Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche, Breslau 1900 u. 1911.
Ritter- Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1910.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1927.
Savigny: System des römischen Rechts, Bd. III.
Sehling: Deutsches Handelsrecht, Hamburg 1924.
Schloßmann: Vertrag 1876.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin 1907.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7.—8. Auflage 1912.
von Thöl: Handelsrecht 1862, Bd. I.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. II, München-Leipzig 1914.
von Wächter: Pandekten, Bd. II, 1880.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen 1919.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

II.

RG. Entscheidungen des Reichsgerichts in Ziv.-Sachen.
ROHG. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Organisation: Zeitschrift für Betriebswissenschaft, Verwaltungspraxis und Wirtschaftspolitik, Jahrg. 27, Heft 15.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.
Bankarchiv: Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Breslau HK.: Mitteilungen der Handelskammer Breslau.
Das Geschäft: Monatsschrift für kaufmännische Praxis, Jahrg. 1924, Heft 3.
Deutsche Juristenzeitung.
Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
JW., Juristische Wochenschrift.
KGBl., Blätter für Rechspflege im Bezirk des Kammergerichts.
OLG., Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Recht und Handel: Monatsschrift für Handel, Industrie und Verkehr, 2. Jahrg. 1927, Nr. 2.
Sächsisches Archiv für Rechspflege.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, 1905, Nr. 24.
Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Zentralblatt für Handelsrecht, Jahrg. 1, 1926, Nr. 1.

I. Abschnitt.

Die Praxis wird die Schwierigkeiten bei der Feststellung der Frage, wann und ob eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt, in der Regel leichter überwinden. Die Theorie ist in ihrem heißen Kampf um das Wesen der stillschweigenden Willenserklärung bis heute noch nicht zu einem wirklich fruchtbaren Ergebnis gelangt.

Nicht, daß man sich über die Tatsache des Vorhandenseins der stillschweigenden Willenserklärung im Unklaren wäre; doch hat ein Moment große Uneinigkeit erzeugt, nämlich die aus der Natur der Sache sich allerdings spontan ergebende und in der Praxis des Rechtslebens häufig gebrauchte Gegenüberstellung von „ausdrücklich" und „stillschweigend". Die gesamte Wissenschaft klammerte sich an diese beiden Begriffe und glaubte mit der Feststellung des einen auch die Bedeutung des andern gefunden zu haben, da eine Willenserklärung, wenn überhaupt eine solche vorhanden sei, entweder nur ausdrücklich oder nur stillschweigend sein könne. § 1

Auch der erste Entwurf zum BGB. enthielt in seinem § 72 diese gefährliche Kontroverse ausdrücklich;[1]) sie verschwand allerdings schon in der zweiten Lesung, und zwar „weil es sich von selbst verstehe, daß jede Willenserklärung in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen könne."[2]) Das BGB. gebraucht zwar die beiden Ausdrücke, jedoch nicht in der Weise, daß es eine Auslegung hierüber geben und damit eine je die andere Art der Willenskundgebung ausschließende Gegenüberstellung bringen wollte.

So hat der Meinungskampf im Laufe der Zeit zu den verschiedenartigsten Ergebnissen geführt, ohne daß es gelungen wäre, exakt festzustellen, was eine „ausdrückliche„ Willenserklärung besage. Sie wurde bald verstanden als die zum unmittelbaren Ausdruck gelangte,[3]) bald als die spezielle im

[1]) Protokolle Bd. 1 S. 68.
[2]) Protokolle für die zweite Lesung Bd. 1 S. 177.
[3]) Savigny, a. a. O. Bd. 3 S. 242.

Gegensatz zu der indirekten,[4]) bald wieder sah man in ihr das durch die Regel des Lebens bestimmte.[5])

Wie die Anschauungen über die ausdrückliche Willenserklärung auseinander gingen, so divergierten sie auch über die stillschweigende Willenserklärung, und zwar um so eher, als es in der Tat viele Fälle gibt, wo sich diese beiden Begriffe verwischen, zum Teil auch derart ineinanderschieben, daß man in ihnen sowohl eine stillschweigende, wie auch eine ausdrückliche Willenserklärung zu erblicken vermag.

Man wäre geneigt, die Willenserklärung in drei verschiedene Kategorien einzuteilen. Zunächst ließe sich dann diejenige feststellen, welche durch Worte — seien es nun gesprochene oder geschriebene — erkennbar gemacht wird, und die, soferne der Sinn der Worte klar und eindeutig zum Ausdruck kommt, ohne weiteres als ausdrückliche zu bezeichnen ist.

Die zweite Art ist die durch konkludente Handlung geäußerte, bei welcher aus einer Tätigkeit, d. h. aus einem Handeln ein Schluß auf den rechtsgeschäftlichen Willen gezogen wird. Endlich ist als letzte Möglichkeit die gänzliche Passivität, eine Untätigkeit, ein Unterlassen, ein bloßes Schweigen zu nennen. Diese Art wird vielfach mit „Willenserklärung durch Stillschweigen" gekennzeichnet.

So einfach diese Dreiteilung erscheinen mag, so ist darin doch keineswegs der Unterschied zwischen stillschweigend und ausdrücklich gefunden. Sie enthält lediglich in groben Zügen die Formen, deren sich der Handelnde zur Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges im allgemeinen bedient. Und wenn wir hier die Unterscheidungslinie ziehen wollen, die die beiden Begriffe trennt, so werden wir bald im Zweifel darüber sein, wo sie anzusetzen ist. Die als erste aufgeführte Art darf im allgemeinen als ausdrückliche betrachtet werden. Es fragt sich dann weiter, ob konkludente Handlungen als stillschweigende Willenserklärungen aufzufassen sind. Man möchte sie allgemeinhin als solche erklären, um so mehr als die verkehrsübliche Bedeutung des Wortes „schweigen" den Nichtgebrauch der Sprache kennzeichnet, und konkludente Handlungen gerade in dem Verzicht auf dieses Erklärungsmittel ihre Bedeutung haben. In der Tat betrachten in der Theorie die meisten Autoren die konkludenten Handlungen gemeinhin als stillschweigende Willenserklärungen.

Daß wir jedoch auch hier von Fall zu Fall in die Enge geraten, mag das folgende Beispiel bezeugen: Ein Gläubiger, den der Schuldner um Erlaß gebeten hat, zerreißt ohne ein

---

[4]) Dernburg, a. a. O. Bd. 1 § 98 S. 229.
[5]) Zitelmann, Irrtum S. 261 ff.

Wort zu sagen, vor den Augen des Schuldners den Schuldschein. Wir haben hier zweifellos eine konkludente Handlung, die jede andere Deutung ausschließend die Absicht des Gläubigers erkennen läßt, daß er die Schuld erlasse. Möchte man sich hier nicht veranlaßt sehen, darin eine ausdrückliche Willenserklärung zu erblicken? Jedenfalls läßt der in dem Verhalten des Gläubigers kundgegebene Wille an Ausdrücklichkeit nichts zu wünschen übrig. Anderseits können wir wiederholt Fällen begegnen, bei denen in wörtlichen Erklärungen eine stillschweigende Willenserklärung enthalten ist. Wer um Stundung bittet, wer eine Vereinbarung über die Höhe des Zinssatzes trifft, erkennt damit stillschweigend seine Schuld an.

All diese Schwierigkeiten zeigen deutlich, daß die beiden Begriffe sich gegenseitig in ihrer Anwendung nicht immer ausschließen und daß, kurz gesagt, der eine nicht immer das Negativ des andern sein muß.

§ 2

Die Wissenschaft hat das Problem von den verschiedensten Seiten aus beleuchtet und verschiedene Ausgangspunkte zur Auffindung eines exakten Unterschiedes gewählt, der durch die Kodifikation als unabweisbar bestand und deshalb gefunden werden mußte.

Wollen wir in das Chaos der Meinungen eine gewisse Ordnung bringen, um einen Ueberblick zu erhalten, so ist das nur möglich, wenn wir die Hauptrichtlinien der in ihren Modifikationen fast durchwegs von einander abweichenden Autoren extrahieren und an ihnen Parallelen zu ziehen versuchen.

So läßt sich, besonders auch unter hervorragenden Vertretern der älteren Wissenschaft, eine deutliche Bewegung nach der subjektiven Seite hin feststellen. Savigny, Dernburg, Wächter, Enneccerus, Engelmann u. a. stellen den Willen des Erklärenden in den Vordergrund. Sie fragen: was will der Handelnde, was bezweckt er? Will er den Inhalt seines Willens in erster Linie kundgeben, so betrachten sie dies als ausdrückliche W.E., beobachtet er dagegen ein Verhalten, das zunächst einen anderen Zweck als die unmittelbare Erklärung verfolgt, aber doch einen Schluß auf seinen rechtsgeschäftlichen Willen gestattet, so hat er sich damit stillschweigend erklärt.

Allein diese abstrakte Anschauung, die dem zweifellos nicht weniger bedeutsamen Erklärungsmittel nicht Rechnung trägt, vermag den Knoten nicht zu lösen. Irgend ein Verhalten, ja sogar reines Schweigen, das ja gegebenenfalls zunächst den Zweck einer unmittelbaren Willenskundgabe haben kann, wäre dann auf das Gebiet der ausdrücklichen Willenserklärung geschoben, ein Ergebnis, das schon rein gefühlsmäßig

nicht den Unterschied zwischen den gesuchten Begriffen erkennen läßt. Anderseits hat auch die Erkenntnis, daß bei dieser Definition die stillschweigende W. immer auf einen Doppelzweck aufgebaut sein müßte, von denen der der Kundgabe nicht der Hauptzweck sein darf, die Wissenschaft von dieser Auslegung abgehen lassen, da das bloße Stillschweigen, bei dem der Doppelzweck fehlt, aus dem Rahmen der stillschweigenden W. herausfallen müßte und weder dem einen, noch dem anderen Begriff untergeordnet werden könnte.

So kam man dazu, das Problem von der objektiven Seite her anzufassen, und legte das Hauptgewicht auf die Art und Weise der Willenskundgebung. Man fragte sich nicht mehr, „was will der Handelnde", sondern „wie äußert er seinen Willen." Der maßgebende Gesichtspunkt wurde also das Erklärungsmittel. Es besteht kein Zweifel, daß durch dieses Kriterium eine größere Klarheit in das System kam, weil das Erklärungsmittel eine leichter faßbare, konkretere Stütze für die Auffindung der gesuchten Zweiteilung bot und damit eine festere sachliche Grundlage schuf. Also nicht der innere Vorgang der Willensrichtung, sondern die Betätigung des Willens, die Eigenschaft der Erklärungshandlung sollte den Unterschied zwischen ausdrücklich und stillschweigend begründen.

Verhältnismäßig gering ist die Anzahl derjenigen, welche die einfachste und klarste Scheidung bringen und der Anschauung huldigen, daß unter ausdrücklicher W. die Anwendung des Mittels der Worte zu verstehen, während in jeder Erklärung, die durch Handlungen erfolge, eine stillschweigende zu erblicken sei.[6]) Wörtlich und ausdrücklich ist aber nicht dasselbe. Denn eine wörtliche Erklärung enthält vielfach mehr, als was sie ausdrücklich sagt. Es kann in ihr etwas konkludent Erklärtes liegen. Es sei auf das oben schon erwähnte Beispiel hingewiesen: Schreibt A. an seinen Gläubiger B., dieser möchte ihm die Zahlung der fälligen Zinsen stunden, so ist das sicher eine wörtliche Erklärung, insofern sie aber eine Anerkennung der Schuld enthält, ist sie eine konkludente. Wir haben nach dieser Richtung hin eine schriftliche, konkludente, also stillschweigende Erklärung.

Der weitaus größere Teil unter den Anhängern der objektiven Theorie beschränkte sich daher nicht darauf, lediglich die Willensäußerung, die sich der Worte bedient, als ausdrücklich anzusehen, sondern räumte dieser mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrslebens ein weiteres Feld ein. Um den verschiedenen Abweichungen, die festzustellen hier kein Raum ist, aus dem Wege zu gehen, mag es genügen, den Grundzug der objektiven Theorie, die

[6]) Cosack, Lehrbuch d. d. bürg. Rechts, Bd. 1 II. Aufl. § 59 S. 175.

ziemlich weiten Boden gefaßt hat, anzuführen: Die Anwendung eines Mittels, das nach Sitte, Gewohnheit oder Recht bestimmt ist, den inneren Willen zum Ausdruck zu bringen, läßt eine ausdrückliche W. entstehen. Eine andere Art des Erklärungsmittels führt zur stillschweigenden W., jedoch vorausgesetzt, daß aus ihr ein sicherer Schluß auf den rechtsgeschäftlichen Willen gezogen werden kann. Ich weise auf Zitelmann,[7]) Endemann[8]) hin. Ersterer spricht von der Regel des Lebens, die Anhalt biete, ob eine Aeußerung Erklärungsmittel einer bestimmten Absicht sei oder nicht. Je nachdem liege entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende W. vor. Endemann findet das entscheidende Moment darin, daß die Handlung „auf Grund der anerkannten Verkehrsanschauungen eine bestimmte, ausgeprägte Rechtsbedeutung hat."

Jedoch auch der hier gezeigte Weg vermag nicht genügend Licht in das Dunkel des umstrittenen Problems zu bringen. Denn die hier gefundenen Definitionen lehnen sich an Begriffe an, die viel zu dehnbar sind, um nicht neue Verwirrungen anzurichten. Nach Sitte und Gewohnheit müßte man häufig auch konkludente Handlungen und, wenn wir das handelsrechtliche Gebiet überschauen, auch reines Schweigen als ausdrückliche W. zulassen. Wir müßten weiter fragen, „was bestimmt die Regel des Lebens, wann ist eine Verkehrsanschauung anerkannt?"

Ziemlich nahe einer befriedigenden Lösung kam m. E. schon Leonhard.[9]) Anklingend an die oben schon erwähnte These, ausdrücklich = wörtlich, und doch nicht in diesen engen Rahmen gepreßt, macht er nicht Sitte, Gewohnheit oder Recht zum entscheidenden Kriterium für die Ausdrücklichkeit der Willenserklärung, sondern das Sprachgesetz. Er sagt: „Ausdrücklich ist eine W. dann, wenn der Gedanke in die nach dem Sprachgesetz zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert worden ist." Der Wortsprache stellt er die Schrift- und Zeichensprache gleich. Die stillschweigende W. ist nach ihm „jede Klarlegung in einer anderen Form, als in den nach dem Sprachgesetz bestimmten Worten."[10])

Das erbitterte Ringen um das Problem der stillschweigenden W. hat schließlich zu einer gewissen Kampfmüdigkeit geführt und damit bis zu einem gewissen Grad die Anschauungen mancher Vertreter der Wissenschaft bestätigt, die die Erfolglosigkeit der Unterscheidung der beiden Begriffe zum Ergebnis ihrer Untersuchungen gemacht haben. Wenn Hart-

---

[7]) Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 256 ff.
[8]) Endemann, a. a. O. Bd. 1 S. 266 Anm. 3.
[9]) Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen, I. Teil.
[10]) a. a. O. S. 201.

mann[11]) von dem herrschenden Schematismus von ausdrücklichen, stillschweigenden, präsumierten, fingierten Willenserklärungen spricht, und ihm die innere sachliche Güte und Fruchtbarkeit abspricht, so ist man genötigt, ihm insoweit Recht zu geben, als ein wirklich mängelfreies System der Unterscheidung eben nicht gefunden wurde.

Trotzdem kann man z. B. der extrem stehenden Haltung Schloßmanns[12]) nicht zustimmen, der die Existenz der stillschweigenden W. überhaupt leugnet und demgemäß nicht einmal dem schlüssigen Verhalten den Charakter einer Willenserklärung zusprechen will. Ebensowenig läßt sich die stillschweigende W. auf dem Wege aus der Welt schaffen, den Ehrlich[13]) eingeschlagen hat. Auch dieser kommt zu dem Ergebnis, daß es jene gar nicht gebe, und anerkennt nur ausdrückliche Willenserklärungen, die nach ihm auch dann vorliegen, wenn ein Verhalten oder eine Handlung dem Gegner gegenüber zur Kundgabe des Geschäftswillens beobachtet bezw. vorgenommen wurde. Jedoch baute Ehrlich auf einer falschen Definition der stillschweigenden W. auf, wenn er in ihr diejenige erblickt, „die sich von der ausdrücklichen dadurch unterscheidet, daß sie in solchen Handlungen besteht, die nicht zu dem Zwecke vorgenommen wurden, um als Ausdruck des Geschäftswillens zu dienen." Wenn er dann die Behauptung aufstellt, eine solche stillschweigende W. existiere nicht, so hat er m. E. damit nicht so sehr das Nichtvorhandensein einer stillschweigenden W., als vielmehr die Unrichtigkeit seiner These erwiesen.

§ 3 Um nun eine kurze Untersuchung über das Wesen der stillschweigenden W. durchführen zu können, bedarf es wenigstens eines Blicks auf die Willenserklärung als solche. Nun ist aber der Begriff der Willenserklärung Gegenstand eines derart heftigen Meinungsstreites, daß es für diese Arbeit zwecklos erscheint, auf diesen selbst näher einzugehen. Wir wollen nur den Begriff der Willenserklärung etwas zergliedern und grundlegende Momente hervorheben, um anschließend daran wenigstens das feststellen zu können, was keine stillschweigende W. ist, da unsere Aufgabe nicht nur die stillschweigende W. im Handelsgeschäft, sondern das Stillschweigen überhaupt zum Inhalte haben soll. Die Frage ist also, was gehört zum Wesen einer Willenserklärung, und inwieweit kann auch im Stillschweigen eine solche gefunden werden.

Eine Willensäußerung, die sich gegen niemanden richtet, ist keine Willenserklärung; wer z. B. ein Selbstgespräch führt,

[11]) Hartmann, a. a. O. im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 72 S. 174.
[12]) Schloßmann, Vertrag 1876.
[13]) Ehrlich, a. a. O. S. 286 ff.

kann keine Rechtswirkung erzielen. Deshalb ist ein entscheidendes Merkmal die Beziehung des Erklärenden gerade zum Gegner der Erklärung. Neben das Erfordernis dieses äußeren Zusammenhangs tritt als weiteres Symptom die Verbindung von Erklärung und Wille; der Erklärung muß ein entsprechender Wille zu Grunde liegen, Inhalt des Willens und Inhalt der Erklärung müssen sich decken. Jedoch hätte es keinen Sinn, wenn nur der Willensinhalt gewollt wäre, es muß auch gerade die Tatsache, daß der Gegner diesen Willensinhalt zur Kenntnis erhält, also die Kundgebung gewollt sein.

Wir ersehen somit als weiteres Merkmal den Kundgebungszweck. Nun werden wir, wenn die Erklärung mit Worten erfolgt, nicht leicht in Zweifel kommen, ob der Kundgebungszweck vorliegt. Der Gebrauch der Sprache ist ja das ureigenste menschliche Mittel, einen gedanklichen Inhalt kundzutun, ihn zur Wahrnehmung eines andern zu bringen. Allein „das bloße Offenbarwerden eines Willens ist nicht das Wesentliche der W. Erst die Kenntnis des Aeußernden, ein Zeichen zur Erkennung seines Willens, ein Zeichen zur Kundgebung zu setzen, stempelt die Aeußerung als Erklärung des Willens im Sinne des BGB.“.[14])

Der innere Vorgang des Willens allein genügt nicht. Und auch die Aeußerung allein ist nicht maßgebend, wenn sie nicht in der Weise erfolgt, daß sie vom Gegner aufgenommen werden kann, daß der Gegner sich ein Bild, eine Vorstellung von den Gedankengängen des Handelnden machen kann. Es ist ein Erfordernis des rechsgeschäftlichen Verkehrs, daß der Handelnde einen den Umständen entsprechenden und geeigneten Willen durch Mitteilung dem andern zu erkennen gibt.

Die Praxis des Lebens läßt die verschiedenartigsten Möglichkeiten zu, den inneren Willen in eine für den Gegner sinnfällige Form zu fassen. Ist ein Gegner vorhanden, ist er fähig, die Kundgebung sinnlich wahrzunehmen, ist außerdem das Bewustsein des Handelnden gegeben, einen bestimmten Willen zur Erkenntnis des andern zu bringen, sind kurz gesagt die subjektiven und objektiven Merkmale für die Abgabe des Willens einerseits und seine Aufnahme anderseits gegeben, so ist jedes K u n d g e b u n g s m i t t e l berechtigt, sofern es nur geeignet ist, eine Vorstellung beim Gegner zu erwecken, die mit dem vom Handelnden Gewollten übereinstimmt.

In der Tat ist es völlig belanglos, für die Richtigkeit einer formlosen Willenserklärung, w i e sie e r k l ä r t ist, vorausgesetzt, daß sich beide Teile über den Inhalt des Willens im klaren sind.[15]) Aber gerade das Erfordernis der Klarheit

[14]) So Manigk, a. a. O. S. 205.

[15]) Vergl. auch Endemann, Lehrbuch d. bürg. Rechts VI. Aufl. Bd. 1 S. 266.

über den Inhalt des Willens, das für den Rechtsverkehr und besonders für den kaufmännischen Verkehr von außerordentlicher Bedeutung ist, ließ die Unterscheidung von ausdrücklich und stillschweigend entstehen, und veranlaßte auch den Gesetzgeber einerseits auf verschiedenen Gebieten, in denen um der Sicherheit willen die Ausdrüchlichkeit geboten erschien, diese als Voraussetzung einer wirksamen Erklärung zu bestimmen, anderseits, um dem Rechtsverkehr keine Hemmungen aufzuerlegen, auch die stillschweigende Erklärung als gültig zuzulassen.

Freilich wäre es falsch, daraus die Folgerung zu ziehen, daß unter stillschweigender W. immer eine unklare, undeutliche zu verstehen wäre. Allein die Ausdrücklichkeit einer Erklärung beruht nicht zuletzt auf ihrer Deutlichkeit.[16])

Ein Blick in das Alltagsleben beweist, daß häufig ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen ganz allmählich ineinander überfließen. Es empfiehlt sich, zunächst das Gefühl sprechen zu lassen, um festzustellen, wo wir es mit der einen oder anderen Art zu tun haben. Die an den Gegner gerichteten Worte des A. „ich kaufe diesen Gegenstand" sind sicher eine ausdrückliche Willenserklärung. Nun könnte der Käufer einen Gegenstand ergreifen und ihn, ohne ein Wort zu sagen, dem Verkäufer zum Einpacken hinreichen. Es würde dem rechtlichen Empfinden widersprechen, wollte man diese Handlung als eine ausdrückliche W. ansehen. Und doch unterscheidet sie sich von der ersten zunächst nur dadurch, daß diese in Worte gekleidet ist. Eine Gegenüberstellung der beiden Willenserklärungen ist am besten geeignet, die Trennungsmerkmale hervorzukehren. Zunächst springt die im Kundgebungsmittel liegende Abweichung ins Auge: dort Worte — hier eine Handlung. Das Kriterium dieses Gegensatzes ist zwar, allgemein genommen, gefährlich; denn in diesen Worten versteckt kann etwas zum Ausdruck gebracht werden wollen, was nicht unmittelbar aus ihnen zu entnehmen ist, sondern wie man zu sagen pflegt, zwischen den Worten liegt. Und noch häufiger bezweckt eine Handlung irgend etwas anderes als eine Willenserklärung. Allein diese letzteren Betrachtungen sind nur auf den konkreten Fall abgestimmt und dürfen, um dem Wesen der stillschweigenden W. im allgemeinen auf den Grund zu kommen, ohne Bedenken außer Acht gelassen werden. Die Verwendung des Kundgebungsmittels als Unterscheidungskennzeichen ist unerläßlich; sie bedarf jedoch einer vorsichtigen Handhabung. Falsch wäre es also, zu sagen: hier sind Worte gebraucht, also ist der Wille ausdrücklich erklärt — dort sind Handlungen

[16]) v. Tuhr, a. a. O. Bd. 2 S. 417.

vorgenommen, also ist er stillschweigend erklärt. Das wäre zu grob gefaßt.

Wenn die oben erwähnte objektive Theorie die Trennung zwischen den beiden Arten in der Verschiedenheit der gebrauchten Mittel sieht, so trifft sie nicht den Kern. Im Kundgebungsmittel selbst liegt nicht der Unterschied, es liegt darin vielmehr nur der Ausgangspunkt für die Merkmale von stillschweigender und ausdrücklicher W.

Der Wille ist ein innerer Vorgang, und auch der gesuchte Unterschied ist in einer nach außen nicht erkennbaren, der sinnlichen Wahrnehmung entzogenen Tätigkeit des Geistes zu suchen. Die Worte „ich kaufe diesen Gegenstand" drücken präzis den Rechtswillen des Käufers aus und lassen keinen Zweifel aufkommen, daß der Gegner — in diesem Falle der Verkäufer — sie als den Ausdruck eines auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichteten Willens ohne weiteres erkennt, ohne daß es für ihn notwendig wäre, sich aus den Worten erst einen Begriff über das Vorhandensein des Kaufwillens zu bilden. Ganz anders die Handlung, das Hinhalten des Gegenstandes zum Einpacken. Der Wille des Käufers weicht in keiner Weise von dem des vorigen Falles ab, er will den Gegenstand kaufen. Geändert hat sich nur das Kundgebungsmittel. Die Geste des Hinreichens sagt für den Gegner zunächst nichts weiter, als daß er den Gegenstand an sich nehmen solle. Der Grund und Zweck dieser Handlungsweise erschließt sich ihm jedoch durch eine Verstandestätigkeit, die aus der sinnlich wahrgenommenen Handlung des Käufers dessen Kaufswillen konstruiert.

Der Unterschied der beiden Fälle wird klar: Im letzteren wird dem Gegner der W. erst auf dem Umwege einer Verstandsoperation das Vorhandensein des Rechtswillens erschlossen. Das Kundgebungsmittel und die begleitenden Umstände, vor allem aber Treu und Glauben lassen ihn die Existenz des Willens erkennen. Kurz gesagt, es bedarf der Konkludenz, des Schlusses, um das Dasein des Kaufwillens festzustellen. Im andern Fall dagegen ist ein solcher Schluß nicht vonnöten. Der Verkäufer braucht sich nicht erst zu fragen, was die Worte bedeuten sollen. Das Kundgebungsmittel, das hier in einem einzigen Satz besteht, vermittelt ihm aus sich selbst heraus den Rechtswillen, ohne daß es sich an irgend welche anderen Momente anzulehnen bräuchte.

Die Notwenigkeit des Schlusses wird noch klarer, wenn auf Seiten des Erklärenden ein Verhalten vorliegt, das in einem Unterlassen, in einem reinen Nichtstun besteht. Das Erklärungsmittel ist hier keine Handlung mehr, der Schweigende verhält sich völlig passiv, sein Wille versteckt sich hinter seine Untätigkeit, die für sich allein betrachtet weder eine

Zustimmung, noch eine Ablehnung bedeutet. Ausgangspunkt des Schlusses ist hier wiederum das Erklärungsmittel, das allerdings in diesem Falle dem Gegner den geringsten Anhalt bietet. Hier ist der Gegner geradezu gezwungen, nach begleitenden Umständen zu forschen, die ihm mehr oder minder eindeutig zu erkennen geben, daß der Schweigende mit seiner Untätigkeit einen Rechtswillen zu verstehen geben will. Ob der Gegner dieser „Willenserklärung durch Stillschweigen" in der Lage und berechtigt ist, das Vorhandensein eines Rechtswillens anzunehmen, bemißt sich nach der Zahl und Kraft der vorhandenen Schlußmöglichkeiten. Dabei spielen Treu und Glauben, Redepflicht nach der Verkehrssitte, Ortsgebrauch, vor allem aber die besonderen Umstände des Einzelfalls die entscheidende Rolle. Hier mag ein Beispiel seinen Platz finden, welches deutlich zu erkennen gibt, wie der Gegner aus den Umständen und aus der Verkehrssitte mit Sicherheit auch aus einem rein passiven Verhalten auf den Erklärungswillen seines Kontrahenten schließen kann: Der Bahnhofswirt gibt durch Auslegen seiner belegten Brote auf dem Buffet seine Offerterklärung ab. Diese Willenserklärung kann viel verständlicher sein, als eine durch Worte abgegebene. Die belegten Brote sprechen in allen Kultursprachen, verständlich für alle Angehörigen der Kulturvölker, während der Wirt die entsprechende Erklärung vielleicht nur in einer Sprache abgeben kann.[17])

Hier bedarf es des Hinweises darauf, daß die Konkludenz nur die Existenz des rechtsgeschäftlichen Willens ergreift. Nicht damit zu verwechseln ist das Schließen, das erforderlich ist, um auf den Inhalt, auf den Sinn der Willenserklärung zu kommen, und das natürlich ebenso notwendig sein kann sowohl bei der ausdrücklichen wie bei der stillschweigenden W. Es gehört in das Gebiet der Interpretation. Köhler a. a. O. S. 34 gibt folgendes Beispiel, das den Unterschied klar macht: Läuft A zur Abkürzung über das Grundstück des B. und erhebt dieser keinen Widerspruch, obwohl er den A. laufen sieht, so kann dieser daraus auf die Einwilligung des B. schließen (Konkludenz), aber nur für dieses Mal und nicht für künftige Fälle (Auslegung).

Als Ergebnis ist demnach zusammenfassend folgendes festzustellen: Auszugehen ist von der Betrachtung des Erklärungsmittels. Die Verwendung von Worten weist in der Richtung der ausdrücklichen W.; ob aber eine solche tatsächlich vorliegt, bemißt sich danach, ob die Worte den Begriff des Willens umfassend wiedergeben, sodaß eine andere Art der Erkennbarmachung des Willens nicht erforderlich ist.

---

[17]) Beispiel aus Danz, a. a. O. S. 54.

Jede andere Beschaffenheit des Ausdrucksmittels — vom schlüßigen Handeln bis zum bloßen Stillschweigen — rechtfertigt die Annahme einer stillschweigenden W., wenn der Gegner in die Lage versetzt wird, unter Zuhilfenahme anderer Begleiterscheinungen auf das Vorhandensein des Willens zu schließen. Manigk [18]) drückt sich in anderer, dem Sinne nach gleicher Form aus: „Ausdrücklich erklärt ist das, was sich nach dem Sprachgesetz als erklärt ergibt, konkludent erklärt ist das, was sich nach anderen Gesetzen, denen der Logik, der Usance u. a. als erklärt ergibt. Oder, vom Standpunkt des Erklärenden aus betrachtet: Ausdrücklich erklären heißt, sprachlich adäquat erklären; konkludent erklären heißt dem Gegner den Schluß auf den Willen auf irgend eine andere als die durch das Sprachgesetz vermittelte Weise ermöglichen".

In vollem Umfange befriedigt diese Lösung gewiß nicht. Sie läßt einen Zwischenraum übrig, insoferne, als die Definationen von stillschweigender und ausdrücklicher W. gleichsam die sich am weitesten gegenüberstehenden Pole darstellen. Die Grenzlinie, die beide in bestimmter Form von einander scheidet, wurde hiemit nicht gefunden. Es besteht gleichsam ein Zwischenfeld, in welchem solche Handlungen liegen, die förmlich auf die Entscheidung warten, ob sie auf die eine oder andere Seite gestellt werden sollen. Zu diesen Handlungen sind vor allem solche Aeußerungen körperlicher Tätigkeit zu rechnen, die den Lebensgewohnheiten nach keinen anderen Zweck verfolgen, als die Sprache zu ersetzen und die demnach auch als sog. Sprachzeichen gekennzeichnet werden: Also Schütteln und Nicken des Kopfes. Hierin ist Leonhard [19]) Recht zu geben, wenn er sie als ausdrückliche Willenserklärungen ansieht. Nicht dagegen, wenn er die Zeichensprache gemeinhin als ausdrückliche W. erachtet. Denn, wie Manigk [20]) mit Recht sagt, wo nicht allgemeine und daher dem Menschen völlig geläufige Regeln herrschen, sondern besonders zurechtgemachte, dort schleicht sich für den Gegner die als wesentlich erkannte Gefahr der unrichtigen Auslegung ein.

Was nun das reine Stillschweigen, mit dem wir es im folgenden in der Hauptsache zu tun haben, anlangt, so folgt die maßgebliche Literatur [21]) mit unwesentlichen Abweichungen

---

[18]) a. a. O. S. 304.
[19]) Leonhard a. a. O. S. 201.
[20]) a. a. O. S. 304.
[21]) Enneccerus, a. a. O. Bd. 1 § 144 Anm. X, 1; Cosack, a. a. O. IX. Aufl. Bd. 1 § 59 I, 1; Staudinger, Komm. z. BGB. VII.—VIII. Aufl. Bd. 1 Vorb. 2 vor § 116; Planck, Komm. z. BGB. IV. Aufl. Bd. 1 Vorb. 2 u. 3 vor § 116; Komm. d. RGR. zum BGB. 1921 Vorb. zu § 116; Lindemann-Soergel, Komm. z. BGB. Bd. 1 Anm. 1 zu § 116.

der Auffassung, daß „dem völligen Stillschweigen oder Unterlassen die Bedeutung einer Willenserklärung ebenso wie einem positiven Verhalten dann zukommt, wenn das Stillschweigen oder die Unterlassung den Schluß auf das Vorhandensein eines entsprechenden Willens zuläßt". [22])

[22]) Düringer-Hachenburg, a. a. O. Bd. 2 S. 15.

II. Abschnitt.

Zweifellos ist das BGB. reicher an Einzelfällen, in denen der nicht ausdrücklichen Willenserklärung eine bestimmte Bedeutung beizulegen vorgeschrieben ist. Teils gilt sie als Genehmigung (z. B. §§ 416, 496, 516, 568, 625, 1943), teils als Ablehnung (§ 108 Abs. 2), teils ist der Parteiwille aus konkludenten Umständen festzustellen. (§§ 164 Abs. 1, 269, 612, 632). Nicht in dieser Fülle sind im HGB. diese Sonderbestimmungen zu finden. Aber „der Geist des bürgerlichen Rechts mit seinem Prinzip der Formfreiheit und der liberalen Auffassung aller Vertragsverhältnisse durchweht auch das Handelsrecht; in diesem spielt speziell die Verkehrssitte womöglich noch eine bedeutungsvollere Rolle". [1] § 4

Diese Verkehrssitte im Handelsrecht, die im § 346 HGB. ihren wirksamsten Niederschlag gefunden hat, ist eine Quelle, aus der die Fälle des Schweigens in so reichem Maße hervortreten, daß es den Rahmen der Aufgabe weit überschritte, sie alle wiederzugeben. Allein die wichtigsten von ihnen werden hinreichend genügen, ihre Bedeutung anschaulich zu machen. Ohne Bedenken läßt sich sagen, daß § 346 HGB. als die sedes materiae der hier zu behandelnden Frage zu betrachten ist.

A.

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Diese im Handelsverkehr geltenden Gebräuche und Gewohnheiten sind nicht etwa Handelsgewohnheitsrecht, sondern Uebungen (Usancen) faktischer Art. Dies ist die herrschende Anschauung. Nicht umsonst hat schon das ADHGB. im Wortlaut zwischen „Handelsgebräuchen" im Art. 1 und „Gewohnheiten und Gebräuchen" im Art. 279 unterschieden. Letztere, die unverändert in den § 346 HGB. übergegangen sind, galten nicht als Rechtsnormen, sondern wurden als die üblichen

[1] Jakobsohn, im Bank-Archiv Jahrg. III S. 197.

naturalia negotii aufgefaßt, sie enthielten das der Gewohnheit nach zu vermutende Gewollte, das Willensresultat der handelnden Personen. Dagegen waren unter den Handelsgebräuchen des Art. 1 ADHGB. Handelsgewohnheitsrecht, also Rechtsnormen, zu verstehen.[2]

§ 5 Die Usance übt ihre Wirkung aus, sei es, daß sie unter Kaufleuten so sehr als Bestandteil ihrer Geschäftsabsichten vorherrscht, daß sie als selbstverständlich gar nicht erwähnt wird, daß sie also, wie man zu sagen pflegt, so sehr in Fleisch und Blut der Kaufleute übergegangen ist, daß ein Hinweis auf sie überhaupt nicht nötig erscheint, oder sei es, daß sie wenigstens auf der einen Seite aus Mangel an klarer Kenntnis mit Stillschweigen übergangen wird.

Sie entspricht der bürgerlich-rechtlichen Verkehrssitte, sie ist, um mit Düringer-Hachenburg zu sprechen, als die Verkehrssitte des Handelsstandes ein Teil der allgemeinen Verkehrssitte.[3])

Der Käufer des Getreides hat nach Handelsgebrauch die Säcke, in denen das Getreide geliefert wird, binnen 14 Tagen zurück zu stellen, bei späterer Rücksendung hat er einen bestimmten Betrag Leihgeld für jeden Sack und jeden Tag zu entrichten. Dieses Beispiel bringt Ehrlich a. a. O. S. 32. Er fährt dann fort: „Hier ergibt sich die interessante Tatsache, daß in dem Kauf des Getreides zugleich der stillschweigende Abschluß einer bedingten Sackmiete liegt; es sind darin zwei verschiedene Rechtsgeschäfte enthalten mit verschiedenem Gegenstand und verschiedenen Vertragsbedingungen.“ In wie weit diese Bemerkung richtig ist, inwieweit überhaupt bei der Anwendung der Handelsusancen die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung gerechtfertigt ist, sollen die folgenden Untersuchungen ergeben.

Es besteht kein Grund, den stillschweigenden Abschluß einer bedingten Miete dann anzuzweifeln, wenn die Vertragschließenden von dem Bestehen dieser Usance Kenntnis hatten und im Bewußtsein dieser Kenntnis den Getreidekauf abschlossen.

Wie aber, wenn dies Bewußtsein fehlt? Es ergibt sich hier die Notwendigkeit, auf den Zweck des § 346 einzugehen. Der Richter hat auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Es werden ihm damit im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 157 BGB. Hilfsmittel in die Hand gegeben, die es ihm ermöglichen sollen, über einen unklar oder unvollständig erklärten Parteiwillen, über den Inhalt und Umfang von einseitigen Willens-

[2]) Vergl. hiezu ROHG. Bd. 7 S. 11, Bd. 8 S. 255, Bd. 17 S. 368.
[3]) a. a. O. Bd. 2 § 346, III Anm. 9.

erklärungen und von Abmachungen die richtige Entscheidung zu treffen.

Die Handelsusancen dienen in erster Linie als Interpre- § 6
tationsmittel der Willenserklärung, sie sind als von den Parteien gewollte Bestandteile oder Vertragsbedingungen anzusehen. „In dieser Hinsicht gelten sie kraft Akzeptation der Parteien." [4]) Diese Auffassung, die zugleich von einer bedeutenden Anzahl von Vertretern der älteren Wissenschaft verteidigt wurde, erblickt in der aus Mangel an Bewußtsein erzeugten Nichterwähnung bestehender Usancen die Berechtigung, auf die Existenz eines entsprechenden oder wenigstens summarisch auf die Usancen Bezug nehmenden konkreten Parteiwillens zu schließen. Mit anderen Worten: Bei Kaufleuten dürfe beim Abschluß von Geschäften ein auf die Unterwerfung unter die Handelsusancen stillschweigend erklärter Wille unterstellt werden. Mit den Vertretern der Wissenschaft [5]) ging in dieser Richtung auch die Rechtssprechung Hand in Hand, welche aussprach, daß „die Erklärung eine ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfungsklausel unter die Sätze der Verkehrssitte enthalte". [6]) Besonders deutlich geht dies hervor aus einem Erkenntnis des ROHG. Bd. 6 S. 78: Diejenigen Usancen oder Handelsgebräuche, welche nicht als objektive Rechtsnorm, sondern als bloße Interpretationsmittel der Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, bilden einen stillschweigenden Bestandteil der Willenserklärung, ihr Inhalt gilt nur, weil er g e w o l l t ist, und dieser Wille ist ohne Kenntnis desselben undenkbar, es habe denn der Kontrahent sich erkennbar auch den ihm unbekannten Usancen unterworfen".

Es trat aber bald eine Milderung dieser strengen Auffassung ein. War man doch immerhin gezwungen, der Voraussetzung der Kenntnis der Usancen wenigstens größeren Spielraum zu geben. Die herrschende Auffassung ging also dahin, daß nicht gerade die Kenntnis des I n h a l t s der maßgebenden Usance verlangt wurde, sondern nur die Kenntnis von möglicherweise bestehenden, und die stillschweigende Unterwerfung unter diese.

So sprachen sich verschiedene Entscheidungen des ROHG. aus. Sie behandeln den Fall der Berufung auf die Unkenntnis vorhandener Usancen und erklären diese Berufung, insbesondere soweit sie Börsenusancen betreffen, als unbeachtlich. Denn man müsse von Kaufleuten voraussetzen dürfen, daß sie die Usancen überhaupt und, wenn sie auf der Börse tätig sind, vor allem deren Gebräche kennen. Kannten aber die

[4]) Lehmann-Ring, a. a. O. S. 18.
[5]) Vor allem Laband und Goldschmidt.
[6]) ROHG. 8, 258.

Parteien das Bestehen von Usancen oder hätten sie es doch kennen müssen, so komme es auf die Kenntnis des besonderen Inhalts nicht weiter an.[7]) So hielt auch Puchelt[8]) noch an der stillschweigenden Unterwerfung fest, machte allerdings die Einschränkung, daß man nicht verlangen könne, daß die Parteien den Inhalt des Geschäftsgebrauches gekannt haben.

Der hier vorgeschriebene konkrete Unterwerfungswille kann in manchen Fällen wirklich bestehen. Betrachtet man aber, wie unter Kaufleuten Geschäfte getätigt werden, mit welcher Kürze und Prägnanz weitfassende Verträge abgeschlossen werden, so muß man unumwunden zugestehen, daß es undenkbar ist, anzunehmen, es hätte jeder der Kontrahenten im Augenblick des Vertragsabschlusses an die dazu gehörigen Handelsgebräuche gedacht oder auch nur einen Moment einen der fraglichen Usance gleichlautenden Willen oder wenigstens einen summarischen Willen gehabt. Man braucht bloß an den Abschluß von Geschäften an der Börse zu denken. Täglich werden dort zahllose Verträge abgeschlossen. Die Fäden des heutigen Wirtschaftslebens mit seinem riesigen Warenumsatz laufen fast alle in einem großen Börsenplatz zusammen. Dem Umfang dieses Wirtschaftsbetriebes würden eingehende und spezifizierte Verträge nicht genügen. Aus diesem Grunde werden zur Meidung zeitraubender, umständlicher Vertragsabschlüsse die Verträge nach typischen Regeln, den Börsenusancen, geschlossen, die bei den dort zustande gekommenen Geschäften Geltung haben, ohne daß sie auch nur mit einer Silbe genannt zu werden brauchten. „Weil bei gewissen Geschäften", sagt Laband,[9]) „die vertragsmäßigen Verabredungen völlig stereotyp sind, brauchen sie nicht jedesmal bis ins Einzelne ausführlich oder neu formuliert zu werden, sie gelten als selbstverständlicher Teil des Vertrages; sie gelten als verabredet, und zwar unverändert verabredet, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder modifiziert sind."

Hagen[10]) hat mit Recht auf die Art und Weise hingewiesen, mit denen Börsengeschäfte abgeschlossen werden, denen vielfach keine anderen Erklärungen zugrunde liegen als kurze Stichworte und hat daraus folgenden Schluß gezogen: „Aus der Existenz einer Usance kann in der Regel nur auf die Existenz desjenigen Willens geschlossen werden, dessen unmittelbare Betätigung die Usance ist und dieser Wille ist kein konkreter, sondern ein genereller, ein Geschäftsprinzip, ein geschäftlicher Grundsatz."

---

[7]) Vergl. ROHG. 4, 140; 5, 186.
[8]) Puchelt, a. a. O. S. 750.
[9]) Laband, in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 17 S. 481.
[10]) Hagen, a. a. O. S. 9.

Wo also kein Bewußtsein von dem Bestehen einer Verkehrssitte vorliegt, da kann zum mindesten nicht von einem diese enthaltenden, konkreten Willen, also nicht von einem Erklärungswillen, gesprochen werden. Der Mangel des Erklärungswillens aber schließt logisch notwendig die Auslegung der Willenserklärung aus.

Ich darf darauf hinweisen, daß hier nur d e r Wille, die Anwendung der das Hauptgeschäft begleitenden Usance zum Ausdruck zu bringen, in Frage steht. Ungeachtet des Mangels aber bleibt für den Richter die Notwendigkeit bestehen, auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche gem. § 346 HGB. und auf die Verkehrssitte gem. § 157 BGB. Rücksicht zu nehmen.

Hier tritt nun nach der gegenwärtigen umfassenden An- § 7
schauung die weitere Funktion der Usance in Tätigkeit. Wo keine Möglichkeit besteht, den Willen zu interpretieren, da vermag die Usance, wenn er sich nicht auf sie erstreckt, ihn zu ergänzen. Die Usance ist nach § 346 HGB. auch dann zu berücksichtigen, wenn nachweislich der innere Wille des einen Kontrahenten oder gar beider ein anderer war. Natürlich findet die ergänzende Kraft der Usance da seine Schranken, wo eine der Parteien oder beide außerhalb des Interessenkreises stehen, der die Usance erzeugt hat, z. B. wenn der eine Ausländer ist, oder wenn das abgeschlossene oder abzuschließende Geschäft nicht in den Rahmen derjenigen fällt, für welche die Usance ihre Wirkung hat.[11])

Die Bedeutung der Usance liegt also darin, daß sie da, wo zwei Kaufleute — sei es aus Unkenntnis oder aus fehlendem Bewußtsein — unterlassen haben, sie durch eine Erklärung in ihre Verhandlungen aufzunehmen, aus eigener Kraft aufgetaucht und die Erklärung vervollständigt. Staub[12]) erklärt sich dazu mit folgenden Worten: „Es ist das nicht mehr Ermittlung und Auslegung des wahren Parteiwillens, sondern freie Gestaltung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, Schaffung des Teils des Vertragsinhalts, den die Parteien selbst zu schaffen verabsäumt haben." Diese Anschauung, als deren Vorkämpfer Danz zu bezeichnen ist, fand eine weite Anhängerschaft. Danz[13]) führt u. a. aus: Es ist gleichgültig, ob der Einzelne die Verkehrssitte, d. i. die verkehrsübliche Bedeutung gekannt hat oder nicht. Es entsteht in jedem Fall der der Bedeutung entsprechende Inhalt des Vertrages. Derjenige, welcher die verkehrsübliche Bedeutung nicht kannte und sich darüber im Irrtum befand, daß der wirklich entstandene Inhalt die Folge seiner Willenserklärung sein werde, hat nur

[11]) RG. 21, 89.
[12]) Staub, a. a. O. Anm. 5 zu § 346.
[13]) Danz, Auslegung d. Rechtsgeschäfte, S. 54.

das Recht der Anfechtung auf Grund von § 119 BGB. Ich führe außerdem Düringer-Hachenburg [14]) an, der derselben Anschauung Ausdruck verleiht, wenn er sagt, die Verkehrssitte stehe über den Parteien und sei von ihrem Willen unabhängig; sie sei ein objektiver Auslegungsfaktor. Nicht weniger entschieden tritt Makower [15]) für die ergänzende Wirkung der Verkehrssitte ein, indem er sie auch demjenigen gegenüber, der sie im Einzelfalle nicht kannte, in Anwendung zu bringen für notwendig erachtet. Denn daß er sie kennen müßte, folge aus dem Begriff der Verkehrssitte. Endlich sei auch noch auf Dove [16]) hingewiesen, der ausdrücklich sagt, daß da, wo ein wirklicher Handelsgebrauch vorliegt, die Ergänzung der mangelhaften oder unvollkommen zum Ausdruck gebrachten Willensübereinstimmung durch ihn gerechtfertigt ist.

Die Usance ist „unter Kaufleuten" also auch dann zu berücksichtigen, wenn nachweislich der innnere Wille des einen oder beider Kontrahenten ein anderer war. Gehören beide Teile demselben Interessenkreise an, dessen Usance in Frage steht, so müssen sie sich gefallen lassen, daß ihre Erklärungen so ausgelegt werden, wie es in solchem Interessenkreise üblich und hergebracht ist; das entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben. Wollten sie ein Anderes, so mußten sie es zum Ausdruck bringen. Der Gegner hat ein Recht darauf, daß die Erklärung, Handlung oder Unterlassung des anderen nach Maßgabe der Usance beurteilt wird. Die Usance steht hier auf einer Stufe mit Wort und Zeichen. Die Usance — sagt Lehmann [17] — umgibt die Parteien wie die Luft, in der sie leben. Sonst wäre § 346 überflüssig; denn daß die Usance, der sich die Parteien unterwerfen, gilt, braucht nicht gesagt zu werden.

M. E. ist dieser Auffassung, die der Verkehrssitte und damit der Usance die Fähigkeit zuspricht, die Erklärung eines oder beider Kontrahenten auch bei deren Nichtkenntnis zu ersetzen, in vollem Umfang zuzustimmen. Denn es ist ein Erfordernis der Rechtseinheit innerhalb des kaufmännischen Verkehrslebens, daß Kaufleute die in ihren Geschäftskreisen und -gebieten bestehenden Usancen beherrschen. Denn gerade deshalb enthält § 346 HGB. die besondere Beifügung, daß die Gebräuche nur „unter Kaufleuten" Geltung haben sollen. Von ihnen darf und muß man verlangen können, daß sie um die Gebräuche wissen. Aus diesem Grunde besteht ja die Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 345 HGB. Die

[14]) Düringer-Hachenburg, a. a. O. Bd. 2 § 346 Anm. 3 S. 318.
[15]) Makower, Bd. 2 § 346 c.
[16]) Dove, Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung. Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen in JW 1916, S. 368.
[17]) Lehmann-Ring, a. a. O. Bd. 2 S. 19.

Reichstagskommission hat den Zusatz „unter Kaufleuten“ in der Ueberzeugung, daß diese die Usancen kennen, in das neue HGB. aufgenommen. Denn „Nichtkaufleute seien über die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nicht genügend orientiert, weder um Handlungen und Unterlassungen ihres Mitkontrahenten, wenn dieser ein Kaufmann sei, richtig zu würdigen, noch auch ihr eigenes Verhalten unter diesem Gesichtspunkt in seiner Tragweite zuverlässig beurteilen zu können.“

Es läge auch offenbar nicht im Sinne des § 346, wollte man einem Kaufmann für seine Unkenntnis eine Tür öffnen, um sich den gesetzlichen Folgen zu entziehen, die bei einer ergänzenden Auslegung eintreten müßten. Denn wollte man nur die Verkehrssitte als maßgebend betrachten, die den Parteien bekannt und bewußt ist, so wäre für die Auslegung einer unbekannt gebliebenen kein Raum mehr, die Auslegung dürfte sich vielmehr auf sie überhaupt nicht erstrecken. Auf der anderen Seite wären Kaufleute, denen die Regeln der Verkehrssitte des Handelsstandes bekannt sind, an diese gebunden. Sie müßten sich ohne weiteres gefallen lassen, daß die Usance zur Auslegung der Erklärung herangezogen wird. Es bliebe ihnen höchstens die zweifelhafte Möglichkeit, wegen Irrtums anzufechten.

Um nun zu dem Ausgangspunkt unserer Untersuchung zurückzukehren, so bedarf es folgender Feststellung: Ueberall da, wo die Verkehrssitte, bei Kaufleuten Usance genannt, neben einem erklärten Willen unbewußt oder unbekannt hinzutritt, liegt für sich allein eine stillschweigende Willenserklärung nicht vor. Aber weder die Unkenntnis des Inhalts der Usance, noch die Unkenntnis ihres Vorhandenseins kann verhindern, daß sie in Wirkung tritt. Sie gilt weder, weil die Partei ihren Inhalt will, noch weil sie sich ihr stillschweigend unterworfen hat, sondern nur aus dem Grunde, weil die Usance die Erklärung aufrundet, ihr den nach dem Geschäftsverkehr erforderlichen vollen Inhalt gibt. Sie gilt, weil sie den Erklärungswert vervollständigt und, wie Oertmann[18]) sagt, ihm seinen positiven Inhalt gibt.

Allerdings bedarf hier dieser Grundsatz einer wesentlichen Einschränkung. Wie schon betont, ist die Verkehrssitte (Usance) nicht Handelsgewohnheitsrecht. Ihre wirksame Kraft kann also nicht in ihr selbst liegen. Es heißt auch nicht in § 346: „es sind die Gebräuche und Gewohnheiten anzuwenden“, sondern: „... es ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche und Gewohnheiten R ü c k s i c h t zu nehmen“. Damit soll gesagt sein, daß Handlungen und Unterlassungen der

[18]) Oertmann, a. a. O. S. 74 (Rechtsordung u. Verkehrssitte).

Kaufleute so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche es erfordern. Gebietend über der Vorschrift des § 346 HGB. steht also die des § 157 BGB. mit dem beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Es kommt auf die Usance nicht allein, ja nicht einmal an erster Stelle an, sondern zunächst auf Treu und Glauben. Erheischen diese aber die Berücksichtigung der Usance, dann ist nicht mehr nach Kenntnis und Bewußtsein zu fragen, dann ist sie unabwendbar in den durch den erklärten Willen zustande gekommenen Vertrag eingeschlossen.

Dessen ungeachtet ist freilich da, wo die Einbeziehung des Handelsgebrauchs konkret gewollt ist und dieser Wille dem Gegner auf eine Weise zum Ausdruch gebracht wird, die ihm den Schluß auf diesen Willen ermöglicht, tatsächlich eine stillschweigende Willenserklärung gegeben. Allein eine solche ist in der Praxis nicht allzu häufig und, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, auch nicht notwendig.

§ 8 Es sei hier betont, daß den vorangehenden Erörterungen die Tatsache zugrunde liegt, daß bei mindestens einer Partei der Gedanke an die herrschende Usance nicht vorhanden war. Ein Wille ist also nicht nur nicht erklärt, sondern überhaupt nicht gegeben; er ruht. Würde man nun den zu ergänzenden Willen als die vermutete Erklärung auffassen, so würde ein Beweis, daß ein Wille in dieser Richtung nicht vorlag bewirken, daß über den fraglichen Punkt überhaupt keine, nicht einmal eine anfechtbare Vereinbarung zustande gekommen ist. Wie oben erwähnt, vertritt Danz [19]) die Anschauung, daß derjenige, der nicht wußte, daß der wirklich entstandene Vertragsinhalt die Folge seiner die Usance nicht berührenden Willenserklärung sein werde, das Recht hat, nach § 119 BGB. anzufechten. „Bei Nichtkenntnis der Verkehrssitte, sagt er, also bei Nichtkenntnis der Worte, die beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes gebraucht werden, tritt stets der der Verkehrssitte entsprechende Rechtserfolg ein. Nur kann dieser eingetretene Erfolg, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 119 BGB. vorliegen, angefochten werden wegen Irrtums.“[20])

Ueber die Möglichkeit der Anfechtung herrscht nun allerdings in der Literatur, soweit diese überhaupt auf dieses schwierige Problem eingeht, einige Unklarheit. Wenn man schon, wie z. B. Düringer-Hachenburg, anführt, die Verkehrssitte stehe über den Parteien, sie sei ein objektiver Auslegungsfaktor, so möchte man meinen, daß sie unabänderlich so lange zu gelten hat, als ihre Geltung nicht durch wirksame, vertragsmäßige Uebereinkunft beider Parteien ausgeschlossen ist.

[19]) Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 54.
[20]) Danz, a. a. O. S. 140.

Trotzdem aber läßt Düringer-Hachenburg [21]) unter Umständen die Anfechtung zu. Hagen [22]) scheint die Möglichkeit, die Verkehrssitte wegen Unkenntnis hinfällig zu machen, abzulehnen. „Selbst der Beweis der Unkenntnis vermag die Gegenpartei nicht von der Pflicht zu befreien, nach Treu und Glauben der fraglichen Mehrheitsusance gemäß zu handeln". Nach seiner Auffassung besteht ein allgemeines Geschäftsprinzip, nach welchem Kaufleute sich den in ihren Kreisen herrschenden Usancen zu beugen haben.

Eine dieser Anschauung ähnliche Auffassung findet sich auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts aus einer Zeit, als noch das ADHGB. in Kraft war.[23]) Das Urteil läßt in seiner Begründung eine gewisse Zurückhaltung erkennen, spricht sich aber gegen die Aufhebung wegen Irrtums aus, weil anzunehmen sei, daß jeder Kontrahent sich der Verkehrsauffassung gemäß derjenigen Auslegung seiner Erklärung fügen wolle, die nach der Sachlage die zutreffende sei.

Indes in Bausch und Bogen läßt sich die Anfechtungsmöglichkeit des durch die Verkehrssitte ergänzten Erklärungsinhalts nicht aus der Welt schaffen. Eine Erklärung über den ergänzten Punkt allein liegt zwar nicht vor. Das Fehlen der Erklärung ist ja Voraussetzung der Ergänzung. Da aber eine Erklärung, auch eine stillschweigende, nicht erfolgte, ist für eine Anfechtung kein Raum. „Denn es ist ja, wie Oertmann [24]) sehr richtig sagt, nichts da, was durch eine solche erst weggebracht werden müßte." Eine Annullierung gerade des Bestandteils des Rechtsgeschäfts, das durch das Hinzutreten der Verkehrssitte wirksam geworden ist, ist nicht denkbar. Aber gerade der Umstand, daß die Usance der tatsächlich erfolgten Erklärung erst ihr volles Gepräge gibt, daß sie den Inhalt der Erklärung vervollständigt, macht den Irrtum über die Usance zu einem bedeutsamen Moment. Denn in dem Augenblick, wo die Kenntnis der Tragweite der Usance auftaucht, kann sich für den Erklärenden die unerwünschte Tatsache ergeben, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft eine für ihn wesentlich andere Gestalt hat. Wenn man nun auch nicht die „ergänzte Erklärung" als solche anfechten kann, so muß man den Irrtum über das Bestehen der Verkehrssitte doch insoweit als Anfechtungsgrund gelten lassen, als der ergänzte Punkt in seiner Wirkung auf den Inhalt der tatsächlich erfolgten Erklärung zurückgreift. Mit andern Worten, der Erklärende hat sich auch über den Inhalt seiner Erklärung getäuscht, wenn

---

[21]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. S. 89 Anm. 129.
[22]) Hagen, a. a. O. S. 21.
[23]) RG. v. 22. X. 1898, JW. 1898 S. 667.
[24]) Oertmann, a. a. O. S. 191 (Rechtsordnung und Verkehrssitte).

er ihr, „infolge Unkenntnis oder Mißverständnisses der Verkehrssitte eine andere Bedeutung, einen anderen Erklärungswert zuschrieb, als sie in Wahrheit hatte."[25]) Es sei also festgestellt, daß die Usance bei einem Rechtsgeschäft unter Kaufleuten sich gewissermaßen selbsttätig einschaltet, daß sie zum Bestandteil des Rechtsgeschäftes ohne Rücksicht auf Kenntnis und Unkenntnis wird. Ein Irrtum über die Usance als solche kann zwar nicht zur Anfechtung und damit zur Nichtigkeit führen, wohl aber der Irrtum, soweit er von Bedeutung ist als Ursache des Irrtums über den Inhalt der tatsächlichen Erklärung. Nur in diesem Sinne ist die Anfechtung denkbar mit der Folge der Ersatzpflicht gem. § 122 BGB. Denn dann kann man mit Fug und Recht behaupten, daß sich der Erklärende bei der Abgabe der Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum befand.

B.

§ 9 Befaßte sich der vorausgehende Abschnitt mit der Frage, welche Bedeutung dem Stillschweigen bei der Anwendung der Usance zukommt, so erstreckt sich nunmehr unsere Aufgabe umgekehrt dahin, zu prüfen, wie die Usance zu dem Stillschweigen unter Kaufleuten in bestimmten Fällen Stellung nimmt.

Auf keinem Rechtsgebiete hat sich die Verkehrsübung — man möchte fast sagen so eigenmächtig — fühlbar gemacht, wie im Handelsverkehr. Es ist auch nicht verwunderlich, daß der Handel, der mit aller Welt mittelbar oder unmittelbar in Verbindung tritt, vielfach über die starren Normen der Gesetze hinausdrängt und die für die Flüssigkeit der Wirtschaft notwendig erscheinenden Anschauungen des Verkehrs in sein Rechtsleben und seine Rechtsauffassung einzugliedern versucht. Nicht zuletzt hat das seinen Grund darin, daß, wie Dove[26]) richtig sagt, der Handel die Grenzen der staatlichen Hoheitsgewalt seit alters zu überschreiten, den Verkehr von Land zu Land zu vermitteln, die wirtschaftlichen Erfordernisse neuer Entwicklungsphasen zu befriedigen unternommen hat.

Auch auf dem Gebiet des Stillschweigens im Rahmen der Handelsgebräuche macht sich dieses Bestreben fühlbar. Vermochte sich der Kaufmannsstand mit den meisten in dieser Hinsicht bestehenden Gebräuchen durchzusetzen, so kommt er doch hin und wieder mit unverrückbaren Rechtsgrundsätzen, mit zwingendem Recht, in Kollission und erlangt dann — ich brauche hier nur auf die Anschauungen des Handels

[25]) Oertmann, a. a. O. S. 77 (Rechtsordnung und Verkehrssitte).

[26]) Dove in JW. 1916 S. 368.

über die Faktura und ihre Zusätze hinzuweisen — trotz immer wiederholter Anwendung niemals einen im Sinne des § 346 HGB. berücksichtigenswerten Handelsgebrauch.

Schon das ROHG.[27]) stellt sich in einer Entscheidung auf den Standpunkt, daß das Stillschweigen auf eine Anfrage oder Anzeige oder einem Antrag zu den Handlungen und Unterlassungen zu rechnen sei, bei deren Beurteilung auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach dem Art. 279 ADHGB. Rücksicht zu nehmen sei. Es hat zugleich die zweifellos richtige Tatsache ausgesprochen, daß nach Handelsgebrauch im Geschäftsverkehr vornehmlich unter Kaufleuten und bei Gelegenheit eines schon bestehenden Vertragsverhältnisses auf Mitteilungen und Anfragen, soweit solche dazu Anlaß geben, alsbaldige Erklärung zu erfolgen p f l e g e , eine Rechtspflicht dazu jedoch nur unter besonderen Umständen bestehe und zwar vor allem, dann wenn die Unterlassung der Erklärung als Verletzung der im Handelsverkehr zumal notwendigen Beachtung von Treu und Glauben erscheinen würde.

§ 10

Es soll zunächst einer der häufigsten und bekanntesten Fälle der Praxis betrachtet werden, die Z u s e n d u n g u n b e s t e l l t e r W a r e n .

Es sei hier auf § 362 HGB. hingewiesen; für einen Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, besteht eine Antwortpflicht, wenn ihm ein Antrag von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht. Sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Hier ist also durch Gesetz die Redepflicht des Kaufmanns angeordnet. Allein dieser an bestimmte Voraussetzungen gebundene, gesetzlich fixierte Fall würde für den kaufmännischen Verkehr, der auf Vertrauen, gegenseitige Rücksichtnahme und Entgegenkommen zum Zwecke eines gedeihlichen Zusammenwirkens aufgebaut sein soll, bei weitem nicht ausreichen. Der Handelsgebrauch verlangt auch außerhalb dieser Gesetzesbestimmung die Antwortpflicht des Kaufmanns, wo bei entsprechenden Umständen mit Rücksicht auf Treu und Glauben eine solche erwartet werden muß.

Gerade bei Zusendung unbestellter Waren bildete sich schon in früher Zeit unter dem starken Einfluß des ständischen Bewußtseins der Kaufleute die Gepflogenheit, den Absender darüber in angemessener Frist zu benachrichtigen, ob man die Ware behalten oder ablehnen wolle.[28]) Die Benachrichtigung erhob sich nach der Anschauung der mittelalterlichen Kaufmannswelt zu einer Berufspflicht, die die Zugehörigkeit zum Kaufmannsstande forderte. Die Rücksicht auf den Standesgenossen, das stark entwickelte Zusammengehörigkeits-

[27]) ROHG. Bd. 15 S. 96.
[28]) Vergl. hiezu Girardet, a. a. O. S. 27.

gefühl, das Ansehen eines redlichen Kaufmanns verboten es, den andern über das Schicksal der Ware im unklaren zu lassen und ihn dadurch der Gefahr einer Schädigung auszusetzen. Dieser Handelsgebrauch, der die eigenen Interessen hinter die des andern zurückstellte, übertrug sich auch in die deutsche Gerichtspraxis. So galt nach Ehrlich [29]) in der sächsischen Rechtsprechung der Grundsatz, daß ein Kaufmann, der von einem andern Kaufmann unbestellte Ware mit Verkaufsrechnung geschickt erhielt, verpflichtet war, dieselbe in angemessener Zeit zur Disposition zu stellen, da sonst sein Schweigen als Annahme des in der Zusendung gelegenen Verkaufsanerbietens ausgelegt wurde.

Dieser Handelsgebrauch, der zwar von einer anerkennenswerten Höflichkeit zeugt, ohne aber dabei den eigenen Erfordernissen der Entlastung und Einfachheit Rechnung zu tragen, tritt besonders in einer Entscheidung des Sächs. Oberappellationsgerichtes [30]) vom Jahre 1895 hervor: Es ist darin ausgeführt, daß der Absender der unbestellten Ware bei der Absendung von der Voraussetzung ausgeht, daß der Adressat die Ware behalten oder ihm baldmöglichst die Ablehnung mitteilen werde, damit er anderweitig über sie verfügen könne. „Der Handelsverkehr würde außerordentlich gehemmt und gefährdet, ließe man es ganz in das Belieben des Empfängers gestellt, ob und wann er den Absender über seine Absicht aufklären wolle. Es würde dies augenscheinlich mit der für das wesentliche Gedeihen des Handels so nötigen kaufmännischen Ordnung ganz unvereinbar sein."

Wenn das ROHG. diese Auffassung, die den Vorteil einseitig dem Absender zugute kommen ließ, aufgab, so gab es mit Recht zu erkennen, daß dieser Handelsbrauch den Anforderungen eines modernen Kaufmannsbetriebes in keiner Weise gerecht wurde. Denn ein Geschäftsmann hat seine Zeit zunächst zu etwas anderem zu benützen, als zudringliche Verkaufsofferten dieser Art, welche ihn ohnehin schon durch die einstweilige Aufbewahrung belästigen, abzufertigen. Das ROHG.[31]) stellte sich auf den Standpunkt, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturierten Ware für sich allein schon im Zweifel keine Annahme der in der Zusendung der Ware mit Faktura liegenden Offerte zu finden sei.

Die Ansicht, daß ein in dieser Form geübter Handelsbrauch bestehe, wurde mit dieser Entscheidung endgültig beseitigt. Ja selbst dann, wenn der Absender eine Freimarke für Rückantwort beigelegt oder eine Frist für Rücksendung oder Ant-

---

[29]) Ehrlich, a. a. O. S. 176 ff.
[30]) E. I, 551 (1859).
[31]) ROHG. Bd. 16 S. 131.

wort bestimmt hätte, dürfte im Schweigen des Empfängers keine Annahmeerklärung gefunden werden.[32])

Als Grundsatz stellen wir also auf: Es besteht kein allgemeiner Handelsgebrauch, daß bei Zusendung unbestellter Ware Schweigen als Annahme gelte. Von diesem Prinzip ist auszugehen.

Allein es erfährt vielfache Durchbrechungen. Es können auf Seite des Empfängers konkrete Tatsachen vorliegen, durch welche positiv zum Ausdruck kommt, daß der Empfänger die unbestellte Ware annehmen will. Eine solche Tatsache liegt vor allem dann vor, wenn der Empfänger diese Ware vollständig oder auch teilweise in Gebrauch genommen oder verarbeitet oder weiterveräußert, kurzum in einer Weise darüber verfügt hat, daß der Bestand der Ware verletzt ist. Der Empfänger muß alsdann entweder den fakturierten (wenn die Rechnung ebenfalls nicht beanstandet wurde) oder in Ermangelung einer Rechnung den geschäfts- oder marktüblichen Preis bezahlen.[33]) Ebenso kann unter Kaufleuten in einer Reihe von Fällen aus dem Schweigen ein nach Treu und Glauben berechtigter Schluß auf das Vorhandensein eines Annahmewillens gezogen werden. Von Bedeutung ist hier die Kenntnis des Empfängers, daß der Absender irrtümlich annahm, die Ware sei bestellt und endlich vor allem eine bestehende Geschäftsverbindung.[34]) Auch stillschweigendes dauerndes Behalten der Ware muß als Genehmigung betrachtet werden, wenn sich dies Verhalten bei einer größeren Zahl gleichartiger Zusendungen wiederholt.[35]) Diese letztere Voraussetzung ist jedoch unter Umständen dann nicht vonnöten, wenn es sich um Waren handelt, die durch längere Lagerung oder nach einiger Zeit an Wert verlieren. Es kommt auch häufig vor, daß neben bestellten Waren unbestellte geliefert werden. Erhebt hier z. B. der Empfänger bezüglich einiger Waren Einwendungen, unterläßt er es aber zu erklären, daß er die nicht bestellten nicht behalten wolle, so ist aus seinem Schweigen die Erklärung zu entnehmen, daß er sie behalte.[36]) Vor dem Kriege und vereinzelt auch jetzt wieder pflegen Kaufleute Waren an Privatleute zu übersenden und der Sendung den Zusatz beizufügen, der Empfänger wolle bei Nichtbedarf innerhalb einer bestimmten Frist die Offerte ablehnen. Es ist kaum nötig, besonders darauf hinzuweisen, daß hier ein Nichteingehen auf das Angebot niemals Annahme bedeuten kann. Ich möchte hier nur kurz auf eine Folge der

---

[32]) Staub, Anm. 199 z. § 377.
[33]) Gareis, Fuchsberger, Komm. z. ADHGB. S. 730.
[34]) Makower, a. a. O. S. 988.
[35]) Bolze, Bd. 13 Nr. 403.
[36]) ROHG. Bd. 16 S. 40.

Zusendung unbestellter Waren eingehen, die in der Literatur nicht immer einer einheitlichen Anschauung begegnet. Was soll mit solchen Waren geschehen, die dem Empfänger ohne sein Zutun zugegangen sind und welche Pflichten erwachsen diesem aus der Entgegennahme?

Die Zusendung solcher Waren enthält den Antrag zu einem Kaufvertrag. Die herrschende Anschauung geht dahin, dem Empfänger entstünde keine Pflicht gegen den Absender, insbesondere keine Pflicht zur Rücksendung und auch nicht — worauf es hier ankommt — zur Aufbewahrung der übersandten Sachen. Er sei daher berechtigt, die ihm unbestellt zugegangene Sache auf die Straße zu werfen, ohne daß er sich hiedurch dem Absender gegenüber verantwortlich mache. Denn zwischen beiden bestehe keinerlei Schuldverhältnis. Er sei auch nicht verpflichtet die Sache zurückzugeben, wenn der Absender sie wieder abholen läßt, sondern nur, zu gestatten, daß der Absender sie wieder an sich nehme. Denn auch die Eigentumsklage nach § 985 BGB. setze voraus, daß der Empfänger die Sache im Besitz habe. Diese Tatsache sei aber nicht schon dadurch erwiesen, daß die Post die Sache dem Empfänger abgegeben habe. Dadurch brauche der Empfänger den Besitz nicht übernommen zu haben, er könne sie beiseite gelegt haben. Der Empfänger könne dann nicht auf Herausgabe verklagt werden. Dasselbe gelte auch für Kaufleute untereinander, wenn nicht besondere Umstände vorlägen.[37]) [38])

Ich kann dieser Auffassung nicht folgen. Ein für den Absender derartig ungünstiges Ergebnis, eine solche Abhängigkeit von dem Belieben des Empfängers dürfte weder den Verkehrsanschauungen unserer Zeit, noch der Rechtslage entsprechen. Um zunächst auf die Besitzfrage, auf die hier weniger Gewicht gelegt sein soll, einzugehen, erscheint mir die erwähnte Auffassung irrig. Hat der Empfänger die Sache vom Post- oder sonstigen Boten entgegengenommen, so hat er die tatsächliche Herrschaft über die Sache gem. § 854 BGB. Ob ihm dieser Besitz angenehm ist oder nicht, spielt keine Rolle, selbst wenn er ihn nicht will, ändert das nichts an seiner Besitzereigenschaft. Denn der sog. Besitzwille ist zur Erlangung des Besitzes nicht nötig. Im übrigen würden es auch Treu und Glauben gebieten, daß der Oblat dem Boten gegenüber die Annahme verweigere, wenn er die Ware nicht behalten will. Dann aber dürfte auch die Annahme verfehlt sein, der Empfänger könne, wenn es ihm gefiele, den Gegenstand auf die Straße werfen. Freilich ist in der Annahme der Sendung

---

[37]) Josef, Deutsche Juristen-Ztg. Nr. 16/17, 6. Jahrg. S. 383.
[38]) Vergl. auch Regelsberger in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 2 S. 449.

keine den Kaufvertrag vollendende Akzeptation zu erblicken. Allein neben der Verkaufsofferte liegt in der Zusendung unbestellter Waren zugleich der Antrag, den zugeschickten Gegenstand, falls er nicht gekauft wird, solange aufzubewahren, bis er abgeholt wird. Es steht weder tatsächlich noch auch rechtlich etwas im Wege, eine Verwahrungsofferte neben der Verkaufsofferte als gestellt zu betrachten. So hat auch schon das RG.[39]) entschieden. Wenn schon der Empfänger die Ware entgegennimmt, ohne sie zurückzuweisen, so kann man wohl darin die Annahme der Verwahrungsofferte erblicken. Dies anzunehmen, erfordert Treu und Glauben, um so mehr, als die Aufbewahrung der zugesandten Sache keine nennenswerte Last ist, besonders nicht im Verhältnis zu dem Schaden, den der Absender durch die in der obigen Anschauung erwähnte eigenmächtige Handlung des Empfängers erleiden müßte. Es kommt also ein unentgeltlicher Verwahrungsvertrag zustande, der dem Oblaten nach § 690 BGB. nichts weiter auferlegt, als für die Waren die Sorgfalt aufzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. Es wird dadurch ja keineswegs von ihm verlangt, daß er wegen dieser Waren sich oder seine eigene Habe irgendwie beeinträchtige, um so mehr, als der Absender mit der Möglichkeit einer Gefährdung seiner Ware rechnen muß und tatsächlich auch rechnet. Der Grad der zu beobachtenden Sorgfalt ist also kein drückender. Ueberdies ist dem Empfänger die Möglichkeit gegeben, seine Haftung noch mehr abzuschwächen, wenn er den Absender durch die Aufforderung, die Gegenstände abzuholen, in Verzug setzt (§ 295 BGB.) und damit seine Vertretungspflicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.[40])

Auf die Straße werfen also kann der Empfänger die unbestellte Ware nicht. Die Verwahrungspflicht ist ein Erfordernis von Treu und Glauben und dient den Interessen beider Parteien.

Zusammenfassend läßt sich über die Zusendung unbestellter Waren folgendes sagen: Es besteht selbst für den Kaufmann keine Rechtspflicht, auf ein eingegangenes Angebot dieser Art zu antworten. Sein Schweigen kann nicht zu seinen Lasten ausgelegt werden. Die Fälle, in denen Schweigen zum Abschluß des Vertrages führt, sind stets Ausnahmen, die aus den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs geboren sind. Im allgemeinen läßt sich sagen: Schweigen gilt dann als Annahme der Offerte, wenn der Schweigende sich bewußt war, daß sein Verhalten als Zustimmung aufgefaßt werden müsse

[39]) RG. 11 S. 39.
[40]) Vergl. hiezu auch Aßmann, a. a. O. S. 136.

und auch aufgefaßt werde, oder mit anderen Worten: Schweigen gilt unter Kaufleuten immer dann als Annahme der in der Zusendung unbestellter Waren liegenden Vertragsofferte, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine verneinende Antwort verlangt hätten.

§ 11 Es empfiehlt sich nunmehr, zu beurteilen, welche Folgen die Offerte im allgemeinen in ihrem Verhältnis zum Stillschweigen hat, insbesondere die Frage zu beantworten, wielange sich ein Kaufmann beim Schweigen des Adressaten als an die Offerte gebunden erachten muß. Es sei gleich vorweggenommen, daß auch hier das unbestrittene Prinzip vorherrscht, nach welchem Schweigen der Ablehnung gleichzustellen ist.

Es erscheint ratsam, zunächst zwischen einer nach kaufmännischen Begriffen verbindlichen und unverbindlichen Offerte zu unterscheiden und dies an Hand eines Beispiels klarzulegen. Schreibt Kaufmann A. an Kaufmann B., er habe 10 Oxhoft Spiritus von bestimmter Qualität und zu dem bezeichneten Preis, ob B. sie brauchen könne, für welchen Fall A. einer werten Entschließung entgegen sehe, so liegt hier keine verbindliche Offerte vor, d. h. keine Offerte, welche durch einfache Akzeptation von selbst in einen festen Vertrag umgewandelt werden könnte. Eine solche Anfrage, die mehr oder minder einem Vorschlag mit der Bitte um Stellungnahme gleichkommt, bedeutet nichts weiter als ein bloßes Ausbieten der Ware. Hier kann der Verkaufs- oder Kaufvertrag erst zustande kommen, wenn noch ein besonderer Abschluß erfolgt.

Der Fall ist einer der häufigsten im Geschäftsleben, daß ein Kaufmann, der eine Ware an seinem Wohnort nicht an den Mann bringen kann, an verschiedene Orte schreibt und die Ware gleichzeitig an mehreren Orten ausbietet. Er würde in seiner Absicht ganz mißverstanden und großem Nachteil ausgesetzt werden, wollte jeder, der eine solche Anfrage erhielt, durch deren Bejahung ein festes Recht auf die Ware erlangen. Diese kann unterdessen vielleicht anderweitig begeben sein. Die einzelnen, gerade in jenem Briefe erwähnten Muster und Sorten können bei Eintreffen der Annahme nicht mehr oder nicht mehr vollzählig vorhanden sein. Denn während die Ausbietschreiben laufen, kann der Kaufmann nicht seine Magazine schließen, nicht Kauflustige abweisen, die unterdessen an Ort und Stelle eintreten, nicht seine Korrespondenzen abbrechen.

Eine Offerte muß also am besten so gefaßt sein, daß die Annahme eines bloßen Ausbietens nicht in Frage kommt. Es muß aus ihr hervorgehen, daß sich der Offerent bis zum Eintreffen einer Annahme oder Ablehnung an sein Angebot gebunden erachtet.

Liegt eine verbindliche Offerte vor, so fragt es sich, innerhalb welcher Zeit muß die Antwort erfolgen oder, wie lange darf der Adressat schweigen, ohne befürchten zu müssen des Anspruches auf die Ware trotz der schließlich erfolgenden Annahmeerklärung verlustig zu gehen.

Das Zustandekommen eines Vertrages ist dadurch bedingt, daß der Adressat die Offerte zeitig d. h. mit umgehender Post akzeptiert, (es müßte denn sein, der Schreiber des Briefes hätte ausdrücklich bemerkt, daß er innerhalb eines gewissen längeren Zeitraums die Ware zur Verfügung halte). Die Annahme der Offerte muß also beschleunigt erfolgen; und das mit Recht. Denn sonst wäre ja der Offerent in ganz unbestimmte Zeitferne an der Verfügung über seine Ware gehindert, der Adressat aber hätte es ganz in seinem Belieben, ob und wann er sich erklären wolle. Dadurch wäre ein ungleiches Verhältnis geschaffen, welches geeignet wäre, unlauteren Spekulationen Tür und Tor zu öffnen. Man braucht bloß an Waren mit wechselndem Kurswert zu denken, dessen Schwankungen der Adressat durch sein Zögern zum Nachteil des Offerenten benützen könnte.

Auch der Begriff der umgehenden Post darf nicht einseitig nach dem Verhältnis des Adressaten bemessen werden.[41]) Es ist also nicht der Zeitpunkt bestimmend, in welchem der Adressat das Schreiben in Händen hat, sondern die Frist, die bei normalen Verhältnissen zwischen Abgang und Ankunft liegt, also unter Berücksichtigung beider Kontrahenten die Zeit des regelmäßigen Postlaufes. Diesen darf der Absender voraussetzen und er handelt in gutem Rechte, wenn er, sobald er in der gewöhnlichen Zeit keine Antwort erhalten hat, über die Ware weitere Verfügungen, sei es als Eigentümer, sei es als Verkaufskommissionär trifft.

In diesem Sinne hat die Handelskammer von Frankfurt ein Gutachten verfaßt, das ich in Folgendem wiedergebe: „Wir bestätigen, daß nach kaufmännischer Ueberzeugung und deutschem Handelsbrauche derjenige Kaufmann, welcher seine Ware brieflich einem andern an fremdem Orte wohnenden Kaufmann zum Kaufen angeboten hat, an sein Anerbieten dann jedenfalls nicht mehr gebunden ist, wenn der Adressat nicht mit der nach Empfang des Offertbriefes umgehenden Post seine Annahme erklärt hat, wobei die Berechnung der von dem Offerenten vorauszusetzenden Empfangszeit und der Frist der umgehenden, d. h. mit nächster Post aufzugebenden Antwort sich nach dem gewöhnlichen Postenlauf bestimmt.“ [42])

---

[41]) Vergl. von Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 369.

[42]) Maß, Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt, Bd. 4 S. 138, von Goldschmidt's Zeitschrift.

§ 12 Die Faktura, eine der wichtigsten Erscheinungen der kaufmännischen Korrespondenz, spielt nicht so sehr um ihrer selbst, als um der ihr häufig beigefügten Klauseln willen eine bedeutende Rolle. Wenn auch heute in der Literatur und in der Gerichtspraxis Einigkeit herrscht, so beweist doch die vielfach noch übliche Verwendung dieser Klauseln nicht nur, daß sich die kaufmännische Praxis in einem weitverbreiteten Irrtum befindet, sondern auch, daß diese Klauseln in der alten Rechtsprechung eine andere Beurteilung fanden.

Die Faktura ist eine urkundliche Festlegung des Preises der Leistung. Sie wird gewöhnlich mit der Ware übersandt, sie kann ihr aber auch vorausgehen oder nachfolgen. Sie hat nichts mit dem vorausgegangenen Vertrag selbst zu tun, sondern nur mit der Erfüllung, der Ausführung des Vertrages. Alle neben dieser gemachten Bemerkungen sind keine Bestandteile des Vertrages, sondern einseitige Vermerke, die nicht imstande sind, die Rechtslage des Käufers noch nach Abschluß des Vertrages zu ändern.

Solche Zusätze können Bestimmungen über Erfüllungsort, Zahlungsort, Reklamationsfrist, Verpackung u. a. enthalten. Die bei weitem wichtigste dieser Fakturenklauseln bestimmt den Zahlungsort.

Die älteren Entscheidungen, die für die Fakturenklausel für den Fall, daß der Käufer sich nicht sofort nach dem Empfang gegen die Klausel verwahrte, für verbindlich erklärten, sind, wie Ehrlich [43]) nachgewiesen hat, auf den Einfluß französischer und österreichischer Rechtsprechung zurückzuführen. So bringt Art. 109 des Code de commerce die Bestimmung, daß Käufe par une facture acceptée bewiesen werden. Als akzeptiert aber war eine anstandslos angenommene Faktur anzusehen. Aus diesem Grunde stellte das Rhein-Appellationsgericht zu Köln in einem Urteil von 1857 [44]) sogar fest, daß der vereinbarte Zahlungsort durch stillschweigende Annahme der Faktura, die einen andern Zahlungsort bezeichnet, abgeändert werde. Aehnlich lautet eine Entscheidung aus dem Jahre 1870.[45])

Mit dieser Rechtsauffassung wurde gebrochen. Das ROHG. nahm in einigen Entscheidungen [46]) eine vermittelnde Stellung ein, indem es das Stillschweigen auf den Inhalt des Aufdruckes dann zur Vertragsbedingung machte, wenn über die darin berührten Fragen keine besondere Vereinbarung getroffen war, und andererseits Stillschweigen nicht als Zustimmung gelten ließ, wenn über die betreffenden Klauseln etwas anderes verabredet war.

---

[43]) Ehrlich, a. a. O. S. 280.
[44]) Goldschmidt, Bd. 1 S. 302.
[45]) Busch, Archiv Bd. 1 S. 239; Goldschmadt, Bd. 23 S. 538.
[46]) ROHG. 1, 128; 5, 35.

Das RG. dagegen lehnte auch dieses Zugeständnis ab und verwarf endgültig die alte Auffassung der Genehmigung des Faktureninhalts durch Stillschweigen. Als Beleg sei auf eine Entscheidung [47]) hingewiesen, in der es seine Haltung betont: „.... andererseits ist diese einseitige Aeußerung (auf der Faktur) nach erfolgter Bestellung und nach Abschluß des Vertrages als solche unerheblich. Die Annahme einer nachträglichen Genehmigung durch Stillschweigen auf Grund derartiger einseitiger Vermerke des Verkäufers ist nach feststehender Rechtsprechung irrtümlich."

Es fehlte in der Literatur nicht an Stimmen, die die Auffassung verteidigten, in den Vermerken der Faktur seien neuaufgestellte Vertragsbedingungen zu erblicken und Schweigen darauf sei deren Genehmigung. Wenn sie auch mit den Urteilen des Reichsgerichts, das in dieser Frage sehr bestimmt auftritt, verstummten, so verdienen sie doch Erwähnung. Gareis [48]) vertritt die vorerwähnte Anschauung. Es sei nicht richtig, daß dem einseitigen Tun des Absenders die erforderliche Willensübereinstimmung des andern Teils fehle, denn aus dem einseitigen Tun werde ein zweiseitiges, wenn der Empfänger der Faktur sich die einseitigen Aeußerungen gefallen lasse. Es stehe ihm ja die Rüge zur Verfügung. Aus diesem Grunde versucht Gareis an anderer Stelle [49]) den Einwand zurückzuweisen, daß der vollendete Vertrag bereits vorliege, der nicht einseitig geändert werden könne. Nach seiner Meinung erkläre man bei dieser Argumentation jede Rügepflicht überhaupt für beseitigt und überflüssig.

„Die außerordentliche Leichtigkeit der Preisfestsetzung beim Abschluß des Kaufvertrages, die dem Handelsverkehr eigentümliche Tendenz, die Verträge selbst dann als Kaufverträge zu betrachten und aufrecht zu erhalten, wenn die Preisangabe nicht von vornherein bestimmt ist, das stillschweigende Zugrundelegen des „bisherigen", des „kundenüblichen", des „orts- oder handelsüblichen", des „normalen" Preises, diese Tatsachen und Gewohnheiten erheischen für den Fall einer vom Vertrage abweichenden Preisfakturierung mit Notwendigkeit die Rügepflicht mit dem Genehmigungspräjudiz."

Damit übertrug Gareis die Rügepflicht, die im Art. 347 ADHGB. ausdrücklich vorgeschrieben war und in den §§ 377, 378 HGB. Aufnahme gefunden hat, von der Ware auf die Faktur mit der Maßgabe, daß die Unterlassung der Prüfung und Beanstandung der Faktur die Genehmigung des Faktureninhalts zur Folge haben sollte.

---

[47]) RG. Bd. 52 S. 135.
[48]) Gareis, Das Stellen zur Disposition, S. 45.
[49]) Gareis, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 273 Anm. 77.

Diese analoge Ausdehnung der Bestimmung des § 377, § 378 HGB. auf Fakturen verträgt sich weder mit dem Zweck der als Sonderbestimmung gedachten Rügepflicht für Waren, noch mit dem Grundsatz der Loyalität unter Kaufleuten. Sie brächte keine Vorteile, dagegen aber eine Unzahl von Hemmungen und Belästigungen und nicht zuletzt eine Handhabe für unlautere Machenschaften. Mit Recht bezeichnet daher Hanausek [50]) diese Auffassung als unzulässig: „Eine gesetzliche Norm (§ 377 HGB.), die in so hohem Grade das Gepräge einer Ausnahmebestimmung an sich trägt, im Wege der Analogie auf Fälle anderer Art anzuwenden", sei nicht angängig. Es sei auch nicht möglich, die in der Faktur enthaltenen Angaben über Preis, Fristen Zahlungsort usw. teils als Beurkundung des Kaufvertrags, teils als Anträge auf Abänderung des Kaufvertrags anzusehen, die der Empfänger stillschweigend genehmige, indem er die Faktur ohne zu widersprechen annehme. „Warum soll ohne weiteres, ohne jede Untersuchung und Unterscheidung angenommen werden, daß derjenige, der eine gekaufte oder bestellte Ware mit einem Schriftstücke einbegleitet erhält, das über die Warensendung und über den Inhalt des der Sendung zugrundeliegenden Vertrages unwahre und zwar in der Regel bewußt unwahre Angaben enthält, notwendig den Willen haben müssen, diese Angaben zu genehmigen? Was berechtigt den Versender der Faktura zur Annahme einer solchen Zustimmung, namentlich wenn man erwägt, daß diese Fakturenbeisätze mit seltenen Ausnahmen nur den Zweck verfolgen, den Vertrag zum Nachteile des Empfängers zu modifizieren, ihn für diesen lästiger zu machen?„ [51])

Im allgemeinen will der Absender der Faktur auch gar keine Gegenerklärung des Empfängers über Annahme oder Ablehnung erhalten. Er glaubt meist durch seine einseitige Bestimmung dem Gegner etwas aufbürden zu können, gegen das dieser machtlos ist. Deshalb widersetzt sich Ehrlich [52]) mit Recht der Rügepflicht, wenn er sagt: „Die Einführung der Moniturpflicht in Betreff der Faktura bedeutet nicht bloß eine, nicht einmal durch loyales Interesse des Ausstellers gebotene Belästigung des Empfängers, sondern sie hat häufig eine höchst ungerechte Behandlung desselben zur Folge, beraubt ihn seines Gerichtsstandes, die Reklamationsklausel bringt ihn um das Recht später entdeckte Mängel geltend zu machen etc.".

Staub [53]) stützt sich auf die Entscheidung des RG. und tritt energisch der Anschauung entgegen, daß durch wider-

[50]) Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln, S. 33.
[51]) Ehrlich, a. a. O. S. 283.
[52]) Ehrlich, a. a. O. S. 285.
[53]) Staub, Exk. zu § 372 Anm. 34.

spruchslose Annahme einer mit der Klausel „Erfüllungsort in N." versehenen Faktura der Erfüllungsort verschoben werden könne. „Denn die Faktura wird übersendet nach Abschluß des Geschäfts. Zur Zeit der Versendung der Faktura ist das Geschäft mit den vereinbarten Bedingungen und, soweit keine vereinbart sind, mit den aus den Gesetzen sich ergebenden Bedingungen abgeschlossen. War hinsichtlich des Erfüllungsorts nichts vereinbart, so gilt der gesetzliche Erfüllungsort für beide Teile und der Verkäufer kann durch einseitige Vermerke in der Faktura diese perfekte Vertragsbedingung nicht mehr ändern. Der Besteller kann die Faktura insoweit unbeachtet lassen, als sie Vermerke enthält, die den vereinbarten oder den als vereinbart geltenden Vertragsbedingungen widersprechen. Zur Erhebung eines Widerspruchs erscheint er nicht verpflichtet, durch vorbehaltlose Annahme der Faktura vergibt er sich nichts." [54])

Diese Tatsache, die, wie wir sahen, von der Ansicht des RG. getragen und auch in der Literatur uneingeschränkt anerkannt wird, entkleidet die Fakturenklausel „Erfüllungsort in N." jeder rechtlichen Wirkung. Es fragt sich nur, ob nicht auch hier besondere Umstände eine andere Lage zu schaffen vermögen, ob nicht die Grundsätze der bona fides dem Schweigen die Bedeutung der Zustimmung zuzulegen gebieten. Unter den „besonderen Umständen" fällt der bestehenden Geschäftsverbindung die entscheidende Rolle zu. Aber so sehr gerade die Geschäftsverbindung unter dem Schutz von Treu und Glauben steht, hier scheint ihre Macht zu versagen. Es tritt deutlich die Tendenz hervor, ein Wirksamwerden dieser Fakturenklausel selbst bei lang andauernder Geschäftsverbindung zu verhindern.

Das RG. [55]) geht unerbittlich gegen die Erfüllungsklausel vor. In Anschluß an die Entscheidung des RG. verficht Staub [56]) seine Auffassung: „Auch dadurch, daß während einer dauernden Geschäftsverbindung fortgesetzt Fakturen mit solchen Vermerken übersandt und vorbehaltlos angenommen wurden, wird der Erfüllungsort nicht geändert. Der Kunde hat nicht die Verpflichtung bei neuen Geschäftsabschlüssen den Erfüllungsort zur Sprache zu bringen und es liegt kein Anlaß zur Annahme vor, er habe dadurch, daß er dies nicht getan, stillschweigend seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er den abweichenden Erfüllungsort zur Vertragsgrundlage mache." Das RG. äußert sich im 52. Band, S. 135 in gleichem Sinne: „. . . . weiter ist aber hervorzu-

[54]) Vergl. auch RG. Bd. 65 S. 330; JW. 1904 Nr. 10 S. 341; Warn. Rechtsspr. 1919 Nr. 4.
[55]) RG. Bd. 59 S. 351; Bd. 52 S. 135.
[56]) Staub, Exk. zu § 372 Anm. 34.

heben, daß, wenn das Berufungsgericht darauf wesentliches Gewicht legt, daß in dem früheren Geschäftsverkehr der Parteien auf einer großen Anzahl der Fakturen derselbe Vermerk, Erfüllungsort Berlin, sich gefunden habe, diese Argumentation rechtlich nicht gebilligt werden kann." Die Begründung dafür findet es darin, daß, wenn schon die Vermerke für sich allein ohne rechtliche Bedeutung seien, sie es auch nicht in ihrem Zusammenhang sein können.[57]) Dieselbe Argumentation bringt Staub an der oben angeführten Stelle.

Als Gegner dieser Anschauung erweist sich Dernburg[58]): „Die Anschauung, daß bei jahrelang bestehender Geschäftsverbindung der Vermerk über den Erfüllungsort in den gleichförmig übersandten Rechnungen oder Fakturen Erheblichkeit nicht beanspruchen könne, ist mit Recht nicht ohne Widerspruch geblieben." Es finden sich auch außerhalb des RG. einzelne Entscheidungen, in denen bei jahrelangem Geschäftsverkehr der Fakturenvermerk für verbindlich erachtet wurde.[59]) Allein wenn man deren Begründung mit der des RG. vergleicht, ist man gezwungen, dem Erkenntnis des RG.,[60]) das logisch vollkommen einwandtfrei erscheint, den Vorzug zu geben.

Und doch sind meines Ermessens nicht alle Fälle der Geschäftsverbindung im Zusammenhang mit der Fakturenklausel ohne weiteres über eine Schnur zu spannen. Es ist vielmehr zu unterscheiden: Die Geschäftsverbindung kann darin bestehen, daß der eine Kaufmann vom andern Jahre hindurch Waren bezieht, letzterer jeweils auf seinen Rechnungen die Erfüllungsklausel anfügt. Hier ist also ständig der eine Käufer, der andere Verkäufer. Die Fakturenvermerke des Verkäufers sind und bleiben einseitig, sie haben keinerlei rechtliche Wirkung trotz jahrelanger Geschäftsverbindung. Die Begründung des RG. und Staub's trifft hier in vollem Umfang zu. Wie aber, wenn beide Kaufleute voneinander Waren beziehen, jeder also Käufer und zugleich Verkäufer ist? Auch hier ändert sich nichts an der Wirkungslosigkeit der Klausel, solange diese nur von einem gebraucht wird. Sobald jedoch der Gegner seinerseits die abweichende Bestimmungen über den Erfüllungsort in seine Rechnung aufnimmt, und darauf kein Widerspruch erfolgt, liegt kein einseitiger Vermerk mehr vor, sondern eine konkludente, stillschweigende Genehmigung der nachträglichen Aenderung des Erfüllungsortes vonseiten des Andern. Denn was sollte das

[57]) RG. in JW. 1903, Beil. S. 15, Nr. 32.
[58]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2 § 52 I Anm. 1 S. 13.
[59]) Vergl. OLG. Breslau in Seuff. Arch. Bd. 56 S. 122; OLG. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 232.
[60]) RG. Bd. 52 S. 135.

anderes heißen als „gut, ich bin mit der Verlegung des Gerichtsstandes einverstanden, aber ich nehme für mich dasselbe Recht in Anspruch". Auf einen solchen Fall also darf sich m. E. die angeführte Ansicht Staub's und des RG. nicht erstrecken.

Unter Umständen kann aber die Faktur infolge mündlicher Abmachungen bei Vertragsschluß die Bedeutung eines Bestätigungsschreibens bekommen; dann kommt dem Fakturvermerk in gewissem Umfang besondere Bedeutung zu. Hiefür ist eine Entscheidung des RG. in Bd. 57, S. 410 beachtungswert, in der infolge besonderer Umstände die Faktur, die mit einem Begleitschreiben versehen war, einem Bestätigungsschreiben mit der daraus sich ergebenden rechtlichen Folge gleichgeachtet wird.

Die Wesensverwandtschaft zwischen Faktura und Kommissionskopie bringt es mit sich, daß das Schweigen nach erfolgter Annahme der Kommissionskopie ähnlich wie bei der Faktura behandelt wird. § 13

Der Kaufmannsstand hat begreiflicherweise ein Interesse daran, der Kommissionskopie eine größere rechtliche Grundlage zu geben, als ihr nach ihrer Eigenschaft zukommen kann. Auch hier läßt sich ähnlich wie bei der Faktura die Tendenz feststellen, die KK. als die entscheidende Urkunde in der Art eines Bestellscheines zu behandeln und ihr rechtserzeugende Wirkung zuzusprechen. Ich greife hier ein Gutachten der Handelskammer zu Breslau heraus, das folgendes ausführt: „Die kaufmännische Auffassung geht dahin, daß, wenn beim Abschluß eines Handelsgeschäftes, insbesonde durch Vermittlung eines Reisenden des Verkäufers, dem Käufer vom Verkäufer eine KK. übergeben wird, welche von dem Verkäufer widerspruchslos angenommen ist, diese als der vollständige Ausdruck der Willensmeinung der Vertragsteile über die wesentlichen Bestandteile des Schlusses mit der Folge gilt, daß andere nebensächliche Vereinbarungen, die in der KK. nicht aufgenommen worden sind, als nicht verbindlich gelten." [61]) Allein entscheidend ist auch hier widerum, daß die KK. nach Abschluß des Geschäfts erteilt wird. Die Kommissionskopie ist eine Durchschrift des von dem Kunden dem Reisenden erteilten Lieferungsauftrags, den der Reisende auf einen hiefür üblichen Block notiert. In ihr soll das Vereinbarte festgelegt werden. Und zwar nur das Vereinbarte, nicht etwa Bestimmungen, die in die Rechte des Käufers eingreifen oder von denen bei der Abmachung nichts gesprochen wurde. Da es dem in Kaufmannskreisen erforderlichen Vertrauensprinzip zuwiderliefe und gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstieße, nicht Erörtertes in die

[61]) Riesenfeld, Bresl. Handelsgebr. 1911 Nr. 64.

KK. aufzunehmen, dürfte der Käufer schon aus diesem Grunde nicht vereinbarte Zusätze unbeachtet lassen. Allein das Gewicht liegt nicht so sehr darauf, sondern wie schon erwähnt, auf dem Umstand, daß bei Erteilung der KK. das Geschäft bereits perfekt ist und einseitig gemachte Bestimmungen nichts an dem vollendeten Geschäft ändern können. Der Käufer kann deshalb die KK. ungelesen in die Tasche stecken; er kann sogar selbst dann nicht als stillschweigend Zustimmender betrachtet werden, wenn er von den zusätzlichen oder abändernden Bestimmungen Kenntnis genommen hatte.[62]) Alle auf der KK. befindlichen Vermerke über Erfüllungsort, Zahlungsbedingungen u. ä. haben ebensowenig Bedeutung wie sie sie in der Faktur haben.[63])

Der Standpunkt älterer Entscheidungen,[64]) die die widerspruchslose Entgegennahme und das Behalten als Zustimmung auslegten, wurde längst verlassen. Die Argumentation dieser Entscheidungen steht allerdings auf schwachen Füßen: Sie bestreitet nämlich, daß die Errichtung der Vertragsurkunde nach Abschluß des Geschäftes vorgenommen werde und behauptet, daß sie bei Abschluß ausgefertigt werde; denn jede schriftliche Festlegung eines mündlich geschlossenen Vertrags erfolge nicht genau gleichzeitig mit dem Abschluß. Dieses Vorbringen, das auch von Makower vertreten wird,[65]) kann hin und wieder richtig sein, in der Regel aber wird es nicht zutreffen. Allein das Entscheidende liegt darin, daß die KK. nicht eine Urkunde ist, durch die der Vertrag und dessen Einzelpunkte erst geschaffen werden sollen, sondern daß sie lediglich eine einseitig aufgenommene Niederschrift über den Vertragsschluß ist. Die Kommissionskopie hat keine konstitutive Wirkung hinsichtlich ihres Inhalts, geschweige denn hinsichtlich unrichtig aufgenommener Vertragsabreden, sie hat vielmehr nur deklaratorische Bedeutung.

Der Erwähnung bedarf hier ein vom OLG. Hamburg[66]) entschiedener Ausnahmefall, in welchem besondere Umstände das Schweigen als Genehmigung erscheinen ließen: Zwei Kaufleute hatten bei längere Zeit hindurch getätigten Abschlüssen immer denselben Erfüllungsort vereinbart, und nun wurde bei einem neuen Abschluß eine dieselbe Klausel enthaltende KK. widerspruchslos angenommen. Der Entscheidung, daß hier Stillschweigen Annahme bedeute, ist unbedenklich Recht zu geben. Denn wenn sich der Käufer schon bis-

[62]) Vergl. Staub Exk. zu § 372 Anm. 35.
[63]) RG. in Holdheims Monatsschr. Bd. 9 S. 79; KG. in KGBl. 1901 S. 52.
[64]) Vergl. KGBl. 1901, 38.
[65]) Makower, a. a. O. § 346 Anm. III, 4.
[66]) OLG. Hamburg, Deutsche Juristenzeitung Bd. 8 S. 108; Staub, a. a. O. S. 1424.

her auf die Festsetzung eines anderen Gerichtsstandes eingelassen hatte. so durfte der Aussteller der KK. aus dem Schweigen mit Fug und Recht entnehmen, daß die Verschiebung des Gerichtsstandes nicht als Last empfunden werde, zumindest durfte er erwarten, daß ungesäumte Verwahrung dagegen ausgesprochen werde, wenn es doch der Fall sein sollte.

Als nur besodere Umstände erzeugen Ausnahmen von der Regel, nach welcher zusätzliche oder abändernde Vermerke auf der KK. durch Stillschweigen keine Bindung erhalten. Auch für die KK. ist demnach kein Handelsgebrauch festzustellen, nach welchem Stillschweigen der Annahme nicht ausdrücklich vereinbarter Zusätze oder Abänderungen gleichkäme. Und selbst wenn ein Handelsbrauch besteht, daß ein Vertrag erst als geschlossen gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer die KK. überreicht hat, so dürfte daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß dadurch einseitige Bestimmungen wirksam werden könnten. Denn aus einem solchen Handelsbrauch folgt nur, daß der Zeitpunkt des Abschlusses auf die Annahme der KK. verlegt wird, nicht aber, daß diese für den Inhalt des Vertrages maßgebend ist.[67])

Gerade die Merkmale, die der Kommissionskopie fehlen, um bei Stillschweigen rechtliche Folgen entstehen zu lassen, sind bei dem Bestellschein zu finden. Aus diesem Grunde ist dieser, so sehr er der KK. ähnlich sieht, ganz entgegengesetzt zu behandeln.

In den Bestellschein nimmt der Verkäufer die Bestellungen des Käufers auf und überreicht ihn dann dem Käufer zur Unterschrift. Die Bestellscheine enthalten im Vordrucke verschiedene Bedingungen, unter diesen meist auch eine Bestimmung über den Zahlungsort. In dem Augenblick, in welchem der Kaufliebhaber unterzeichnet, formuliert er ein Vertragsangebot, das nicht nur das erst Aufgenommene, sondern auch die vorgedruckten Bestimmungen in sich schließt. Mit der Aushändigung des Scheines an den Gegner geht diesem das Angebot zu. Der Verkäufer hat die Möglichkeit es anzunehmen und damit den Kaufvertrag mit sämtlichen Klauseln, als nunmehr bindenden Bestandteilen zum Abschluß zu bringen.[68]) Das Bedeutsame an diesem Vorgang ist, daß der Bestellschein nicht nach Abschluß des Kaufes, sondern vor ihm erteilt wird. Die Kenntnis der Tatsache, daß man durch die Unterschrift den gesamten Inhalt des Bestellscheins seinem eigenen Willen unterstellt und zur Grundlage des Angebots macht, muß zumindest von einem Kaufmann vorausgesetzt werden. Besteht

---

[67]) Vergl. hiezu OLG. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 88.
[68]) Aehnlich Staub, Exk. zu § 372 Anm. 36.

für den Kaufmann auf Grund der Verantwortlichkeit, die er gegenüber seinen Berufsgenossen trägt, die Pflicht, Schriftstücke jeder Art, die mit der geschäftlichen Betätigung im Zusammenhang stehen, genauestens zu prüfen, dann umsomehr in einem Falle, wo die Kenntnis der Bedeutung eines Schriftstückes, wie des Bestellscheins, nicht allein von einem Kaufmann, sondern auch von einem Nichtkaufmann gefordert werden darf. Der Kaufmann kann sich also nicht darauf berufen, daß er den Bestellschein nicht gelesen habe. Hat er sich nicht über den Inhalt des Scheines vergewissert, hat er ihn also durch seine Unterschrift gutgeheißen, so gilt sein vertragliches Einverständnis als erwiesen. Das gebietet die auf Treu und Glauben aufgebaute Verkehrssitte, das ist feststehender Handelsgebrauch unter Kaufleuten. Das RG.[69]) drückt das, allerdings etwas langatmig, jedoch entschieden aus: „Allerdings hat das Berufungsgericht hiemit zugleich das Zustandekommen der fraglichen Vereinbarung auf Grund des Schreibens vom 10. II. 1900 selbst für den Fall angenommen, daß der Beklagte wegen mangelnder Kenntnis von dem Inhalt dieses Schreibens nicht einen diesem Inhalt entsprechenden Vertragswillen gehabt haben sollte. Indessen ist auch die dieser Annahme zugrundeliegende Ansicht, daß unter Umständen ein derartiges vertragliches Verhalten eines Kaufmannes einem andern Kaufmann gegenüber mit Rücksicht auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche kraft der gesetzlichen Vorschrift des § 346 HGB. die Bedeutung und Wirkung einer zustimmenden Willenserklärung selbst dann haben kann, wenn in Wirklichkeit bei dem ersteren ein entsprechender Vertragswille nicht vorhanden ist, rechtlich nicht zu beanstanden; denn es würde den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und auch den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn man die Berufung eines Kaufmanns auf ein derartiges mit diesen Gewohnheiten und Gebräuchen nicht im Einklang stehendes und überdies die letzteren Grundsätze verletzendes Verhalten als zur Vermeidung der Rechtsnachteile ausreichend ansehen wollte, welche das Stillschweigen auf ein, im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erheischendes Schreiben nach den Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs an sich zur Folge hat."

Im übrigen herrscht über die Bedeutung des Schweigens bei Bestellscheinen, zumindest wo es sich auf beiden Seiten um Kaufleute handelt, in Literatur und Rechtssprechung volle Einigung, sodaß es sich erübrigt, weitere Ausführungen hierüber zu machen.

---

[69]) RG. Bd. 54 S. 182.

Ebensoviele Verschiedenheiten wie Unklarheiten ergeben sich in der rechtlichen Natur des Bestätigungsschreibens innerhalb seiner Stellung im kaufmännischen Leben. Schon der Ausdruck Bestätigungsschreiben deckt sich nicht immer begrifflich mit allen unter diesem Namen laufenden Schriftstücken; denn bestätigen läßt sich sinngemäß nur etwas schon bestimmt Vorhandenes. Demgemäß könnte man bei allen neuen in ein Bestätigungsschreiben aufgenommenen Vertragspunkten nicht mehr von „bestätigen" sprechen. Anderseits müßte durch eine Bestätigung nicht notwendig etwas schon Vereinbartes aufgegeben werden, nur deshalb, weil es in dem Bestätigungsschreiben nicht erwähnt ist. § 14

Die Wirkung dieser unkorrekten Bezeichnung läßt sich am besten erkennen an der Verschiedenheit von Entscheidungen, die obwohl sie eben das Bestätigungsschreiben behandeln, zu ganz entgegengesetzten und einander wenigstens scheinbar widersprechenden Ergebnissen gelangen.

Es sei zunächst auf eine Entscheidung des RG.[70]) hingewiesen, die im Verhältnis zu der weiter unten angeführten Entscheidung des OLG. Kiel eine für den Empfänger des Bestätigungsschreibens strengere Auffassung vertritt. Das RG. sagt darin: „Aus der Zweckbestimmung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ergibt sich, daß Punkte, die zwar Gegenstand der mündlichen Vertragsverhandlung gewesen sind, aber in dem Bestätigungsscheiben keine Aufnahme gefunden haben, der Regel nach und abgesehen von besonderen Umständen nicht als Vertragsbedingung gelten sollen." Demgegenüber sei eine Entscheidung des OLG. Kiel[71]) erwähnt, welche annimmt, daß durch die Hingabe und widerspruchslose Annahme eines Bestätigungsschreibens allerdings das, was im Schreiben fixiert ist, als vereinbart gilt, daß anderseits aber mündliche Vereinbarungen, über die das Schreiben nichts enthält, nicht als vertragsmäßig fallengelassen angesehen seien. Die eine Entscheidung läßt also das im Bestätigungsschreiben nicht Erwähnte, aber vorher Vereinbarte unberührt, die andere dagegen betrachtet es als aufgehoben.

Die Ursache der Verschiedenheit wird dann klar, wenn man genau unterscheidet, in welchem Sinn das Bestätigungsschreiben von Fall zu Fall zu verstehen ist.

Wird ein von einem vollmachtslosen Agenten abgeschlossener Vertrag durch ein Schreiben des Geschäftsherrn genehmigt, so heißt dieses Schreiben in der Sprache der Kaufleute Bestätigungsschreiben.[72]) In diesem Falle liegt noch kein vollgütiger Vertrag vor. Erst mit der schriftlichen „Be-

[70]) RG. in Recht Bd. 9 S. 229.
[71]) OLG. Kiel, Bd. 11 S. 28.
[72]) Staub, Exk. zu § 372 Anm. 38.

stätigung", besser gesagt Genehmigung, erlangt der Vertrag seine Rechtskraft. Dasselbe gilt dann, wenn ein Kunde erklärt, er erwarte schriftliche Bestätigung des Geschäfts.[73]) Dann ist im Zweifel der Vertrag erst mit dem Zugehen der Genehmigung des Geschäftsinhabers im Bestätigungsschreiben geschlossen.

Auch die schriftliche Annahme eines Vertragsantrages wird mit dem Ausdruck Bestätigungsschreiben gekennzeichnet. Von keiner dieser Arten kann in den vorerwähnten Entscheidungen die Rede sein.

In einer häufig gebrauchten Form ist Bestätigungsschreiben eine Mitteilung, die nichts bezweckt, als über einen vorausgegangenen in allen Punkten festgelegten Vertrag, den bereits mündlich erfolgten Abschluß zu beurkunden. Eine solche Urkunde hat nur deklaratorische Bedeutung. Sie will nichts weiter als die Tatsache des Abschlusses schriftlich fixieren. Handelt es sich um ein Bestätigungsschreiben dieser Art, so möchte ich dem Erkenntnis des OLG. folgen: Punkte, die nicht erwähnt sind, sollen, wenn sie sich unter den mündlichen Vereinbarungen finden, nicht fallen gelassen werden. Stillschweigen hat hier keine nachteiligen Folgen. Das RG.[74]) erklärt zwar solche Abmachungen, abgesehen von besonderen Umständen, nicht als Vertragsbedingung. Staub scheint sich dieser Ansicht anzuschließen. Allein ein solches Schreiben, das — was Voraussetzung ist — in der Absicht gesandt wird, lediglich den Abschluß des Vertrages zu bestätigen, hat auf vereinbarte Bedingungen des Vertragsinhalts keinen Einfluß; wenn es den Inhalt abweichend von der erfolgten Einigung festlegen will, dann ist es schon kein Bestätigungsschreiben mit deklaratorischer Bedeutung mehr, sondern eines mit neuen Vertragsanträgen. Ein solches freilich bedarf hinsichtlich seiner rechtlichen Konstitution und hinsichtlich des Stillschweigens einer anderen Beurteilung.

Gerade das Bestätigen des Vertrages seinem Inhalte nach — hierauf liegt das Gewicht — umfaßt die häufigsten Fälle der unter dem Namen Bestätigungsschreiben laufenden Schriftstücke. Diese Art von Bestätigungsschreiben pflegt im Anschluß an vorher gepflogene Besprechungen und Verhandlungen vom Absender mit der Absicht geschickt zu werden, den Inhalt des bisher Verabredeten, so wie er es aufgefaßt wissen will, zusammenzufassen und kundzugeben, daß sein Angebot nunmehr so laute und nicht anders angenommen werden könne.[75]) Erforderlich ist in erster Linie die erkennbare Absicht, den Inhalt des mündlich abgeschlossenen Ver-

[73]) RG. Bd. 103 S. 98.
[74]) RG. in Recht 1909 S. 554.
[75]) Vergl. Schrader in „Geschäft", Juni 1924 S. 56.

trages (z. B. Ferngespräches) zusammenfassend und erschöpfend wiederzugeben. Der Gegner kann und darf dann die Gewißheit haben, und das ist Handelssitte, daß alle Punkte, das Vertragsobjekt mit allen dazu gehörigen Bedingungen, lückenlos darin enthalten sind und daß das Schreiben das endgültige Angebot bedeutet. Und ebenso kann sich der Absender darauf verlassen, daß der Empfänger durch sein Schweigen das Angebot in vollem Umfange angenommen hat. „Im Gegensatz zu Fakturen und sonstigen eine Ausführungsanzeige des geschlossenen Vertrages darstellenden Mitteilungen, sagt Staub,[76]) haben solche Bestätigungsschreiben rechtserzeugende (konstitutive) Wirkung."

Diese rechtserzeugende Kraft wirkt auch darin, daß durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben einzelne Punkte, über die man sich vorher geeinigt hatte, die also vertraglich perfekt geworden sind, wieder ausgeschieden oder abgeändert werden. Denn nach Handelsgebrauch ist für Bestätigungsschreiben die Vermutung der Vollständigkeit zugrunde zu legen, die auch dann Platz greift, wenn es über einen bereits fest abgeschlossenen Vertrag geschrieben ist.[77])

Nun wird in der Praxis das Bestätigungsschreiben nicht in einer Weise gehandhabt werden, daß es entgegen den vorausgegangenen Abmachungen gänzlich anders lautende Vertragspunkte enthält. Zumindest wird es hinsichtlich des Hauptbestandteiles des Geschäftes, also über das eigentliche Vertragsobjekt keine wesentliche Abweichung bringen. Eine solche würde schon durch die auf Redlichkeit und gegenseitiges Entgegenkommen aufgebaute kaufmännische Auffassung hintangehalten sein, denn es würde dies einen neuen Antrag bedeuten, bei welchem nicht mehr mit einer nach Handelsbrauch bestehenden Antwortpflicht zu rechnen wäre, obwohl diese nach den kaufmännischen Gebräuchen bei Nichteinverständnis mit dem Bestätigungsschreiben unumgänglich erforderlich ist. Derartig weitgehende Abweichungen würden einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Mißbrauch der Antwortpflicht bedeuten. Auch hier müssen die guten Sitten eine Grenze ziehen.

Dies ist deshalb nicht zu unterschätzen, weil das RG. nicht nur den nebensächlichen Abänderungen im Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung zuschreibt, wenn sie stillschweigend angenommen werden: Das RG. räumt diesem Handelsbrauch eine Macht ein, die sie sonst — ich erinnere an seine Haltung bei der Faktura — bei neuen Vertragsanträgen nicht duldet. Und neuer Vertragsantrag ist alles,

---

[76]) Staub, a. a. O. S. 1426.
[77]) Vergl. hiezu RG. in Recht Bd. 16 S. 1064.

was, obwohl bereits Vereinbarungen vorliegen, mit diesen nicht übereinstimmt.

Häufiger als der Fall, daß gewisse Vertragspunkte fehlen, ist der, daß ein Bestätigungsschreiben Bestandteile enthält, von denen vorher nichts gesprochen wurde. Bei mündlichen Abschlüssen, speziell mit Vertretern, pflegen nebensächlich erscheinende Bestimmungen ausgelassen zu werden, und es sendet daher in solchen Fällen nach allgemeiner Gewohnheit des Handelsverkehrs der auswärtige Verkäufer dem Käufer eine schriftliche Bestätigung zu, in welcher nach seiner Auffassung die einzelnen Bedingungen zusammengefaßt sind. Nach dieser Gewohnheit, sagt das RG.,[78]) sowie nach Treu und Glauben müsse der Käufer das Bestätigungsschreiben darauf prüfen, ob er mit dessen Inhalt einverstanden sei, und wenn nicht, dies alsbald mitteilen. Es stehe in solchem Falle nicht von vornherein fest, daß die mündlich nicht geregelten Punkte lediglich durch die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen geregelt würden. „Man sollte, wie Jakobsohn[79]) richtig sagt, meinen, daß mündlich geregelte Punkte, also vornehmlich Essentialia, nicht einseitig abänderungsfähig sind und daß auch die nicht geregelten an und für sich den Charakter wohl erworbener Rechte beanspruchen können. Denn mit den mündlichen Vereinbarungen wird der Vertrag abgeschlossen."

In diesem Vertrag aber haben mangels entgegenstehender Abmachungen die gesetzlichen Bestimmungen über Zahlungsort, gerichtliche Zuständigkeit u. dgl. automatisch Aufnahme gefunden. Ueberall anderswo würde sich der Kaufmannsstand gegen eine Mitteilung, die nachträglich in diesen Punkten eine Aenderung bringt, verwahren und sie als einen einseitigen Eingriff in wohlerworbene Rechte einfach mit Stillschweigen übergehen, ohne Schaden befürchten zu müssen. Hier aber, beim Bestätigungsschreiben muß er sich der in seinen eigenen Kreisen entstandenen Handelssitte beugen, d. h. er muß sie entweder ausdrücklich ablehnen oder, wenn er dies unterläßt, als wirksam geworden hinnehmen. Denn auch das RG. hat in der Erkenntnis, daß der Kaufmann ein Mittel in Händen haben muß, durch Aufstellung aller Vertragspunkte völlige Eindeutigkeit über einen Vertrag zu schaffen, diese durchgreifende Handelssitte sanktioniert; in der obenerwähnten Entscheidung[80]) hat es seine Haltung mit gutem Grunde belegt: „Es ist die Rücksicht auf die Gewohnheiten des Handelsverkehrs, der es mit seinem Hasten und Treiben mit sich bringt, daß man bei Geschäftsabschlüssen, besonders

[78]) RG. v. 26. April 1904, DJZ. S. 603.
[79]) Jakobsohn, in Bankarchiv, Jahrg. 1904/05 S. 199.
[80]) RG. in DJZ. 1904, S. 603.

wenn man mit Vertretern kontrahiert, zunächst nur die Hauptpunkte festlegt und beiderseits berechtigt ist, stillschweigende Einwilligung des Gegenkontrahenten dafür zu präsumieren, daß die Fixierung weiterer Abreden vorbehalten bleibt."

Dieses Beispiel zeigt die weitgreifende Bedeutung der Verkehrssitte. Vermag sie sich doch über Gesetzesbestimmungen, vorausgesetzt, daß sie nicht ausschließlichen Charakter tragen, hinwegzusetzen.[81])

Zusammenfassend kann man sagen: Es entspricht kaufmännischer Uebung, mündlich geschlossene Verträge durch schriftliche Bestätigung festzulegen und in diese schriftliche Bestätigung Bedingungen aufzunehmen, die nicht ausdrücklich besprochen sind. Es entspricht auch der Verkehrssitte, derartige Bestätigungsschreiben umgehend zu beantworten, widrigenfalls aus dem Stillschweigen die Annahme geschlossen wird. Aus dem Prinzip, daß das Bestätigungsschreiben erschöpfend und eingehend sein muß, kann man schließen, daß die neuaufgenommenen Bedingungen umfassend und eindeutig sein müssen und nicht etwa in einem bloßen Hinweis, z. B. der Getreidehändlerbedingungen, bestehen. Allein auch hierin erweist sich die Rechtssprechung nachgiebig. Wird nämlich, so entschied das KG. vom 22. X. 1910,[82]) in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben auf angeblich beigefügte Syndikatsbestimmungen in der erkennbaren Absicht hingewiesen, daß deren Inhalt für die rechtsgeschäftlichen Beziehungen der Parteien maßgebend sein sollen, so kann sich die andere Partei, die das Bestätigungsschreiben stillschweigend angenommen hat, nicht nachträglich darauf berufen, daß die Syndikatsbestimmungen im Bestätigungsschreiben nicht beigelegen hätten und daher nicht Bestandteile des abgeschlossenen Vertrages geworden seien.

Richtiger ist m. E. die in einem ähnlichen Fall vom OLG. Hamburg[83]) vertretene Meinung, daß es bedenklich erscheine in einem Bestätigungsschreiben auf Bedingungen zu verweisen, die in dem Bestätigungsschreiben nicht beigefügt und dem Empfänger nicht bekannt sind. Man sieht, die Rechtssprechung gerät vielfach in die Enge. Aber nachdem das RG. die Eigenschaft des Bestätigungsschreibens, bei Stillschweigen allgemein konstitutiv zu wirken, als Handelsgebrauch anerkannt hat, findet man die offensichtliche Tendenz diesem weitgehend entgegenzukommen.

Es sei noch auf eines hingewiesen: Staub[84]) betont in Uebereinstimmung mit mehreren Entscheidungen mit Recht,

[81]) Vergl. Staub, a. a. O. § 346 Anm. 10.
[82]) Kaufmann, Handelsrechtl. Rechtsspr. Bd. 12 S. 123.
[83]) In Recht, Bd. 11 Nr. 1991.
[84]) Staub, a. a. O. S. 1427.

daß telegrafische und telefonische Abschlüsse, die sich meist nur auf das Wesentlichste beschränken, eine nachfolgende schriftliche Bestätigung erwarten lassen. Dies gilt von mündlichen Abschlüssen im allgemeinen, insbesondere von Abschlüssen mit Vertretern[85]) und immer von brieflichen Verhandlungen, die noch zu keinem Abschluß gediehen sind, insbesondere von Antworten auf Offerten. Das heißt, es ist üblich, daß in derartigen Fällen mit einem förmlichen Bestätigungsschreiben zu rechnen ist, ohne daß es notwendig wäre, dem Gegner noch besonders anzuzeigen, daß der Vertrag erst durch das Bestätigungsschreiben in seinen Einzelheiten bestimmt werden soll. Letzteres soll hier als selbstverständlich gelten.

Umsomehr muß die Auffassung des Handelsstandes verwundern, wie sie in einem Gutachten der Breslauer Handelskammer[86]) zum Ausdruck kommt, das eine auffallend strenge Haltung einnimmt. Das Gutachten lautet: „Nach kaufmännischer Verkehrsauffassung hat der Zusatz „Briefbestätigung unterwegs" in einem Telegramm, welches die Annahme einer schriftlich erfolgten Bestellung erklärt, nicht die Bedeutung, daß der Bestätigende von der im Telegramm erfolgten Bestätigung noch abweichen darf. Wollte der Absender des Telegramms die Annahme der Offerte noch an Bedingungen knüpfen, die er im Telegramm nicht aussprechen wollte, so hätte er einen dahin gehenden Vorbehalt, etwa in der Fassung „Einverstanden unter brieflich folgenden Bedingungen" im Telegramm selbst machen müssen. Andernfalls bleiben die in dem darauf folgenden Briefe enthaltenen Abweichungen unbeachtet."

Ebenso führt Riesenfeld[87]) an, daß es nicht handelsüblich sei, daß bei Abweichungen zwischen dem telegrafischen Abschluß und einer nachfolgenden Bestätigungskorrespondenz die letztere den Ausschlag gibt.

Bei der nun einmal tatsächlich anerkannten Vormachtstellung des Bestätigungsschreibens, das vom Kaufmann beanstandet werden muß, soll nicht sein gesamter Inhalt zum Vertragsinhalt werden, ist es wohl nicht möglich die rechtliche Wirkung in eine Formel zu pressen, wie es verschiedentlich unternommen wird.[88]) Es läßt sich nicht ohne weiteres das Schema aufstellen: Haben die Parteien erst Vorverhandlungen gepflogen, dann erzeugt das Schweigen auf das nachfolgende Bestätigungsschreiben den Abschluß des Vertrages im Sinne des Schreibens. Liege dagegen ein perfekter Vertrag

[85]) RG. Bd. 58 S. 69.
[86]) In Breslau HK. Bd. 12 S. 178.
[87]) Riesenfeld, Bresl. Handelsgebr. 1900, N.r 163.
[88]) Vergl. Girardet, a. a. O. S. 43 ff.

bereits vor, dann könne das Schweigen höchstens die Annahme der unwesentlichen Vertragsbedingungen (die in dem vorher geschlossenen Vertrage nicht erwähnt wurden) zur Folge haben. Bei wesentlichen dagegen habe es keine Wirkung. In der Theorie erscheint diese Unterscheidung zweifellos billigenswert. Die Praxis dagegen geht darüber hinweg. Es mag schon die Feststellung dessen, was als wesentlich oder unwesentlich zu erachten ist, großer Schwierigkeit begegnen. Allein auch bei einer Abweichung von einer zweifelsfrei wesentlichen Bedingung hat das RG.[89]) dem Bestätigungsschreiben den rechtserzeugenden Charakter zugesprochen. In dem erwähnten Fall berief sich der Kläger bei einem von den mündlichen Vereinbarungen abweichenden Bestätigungsschreiben und dem Schweigen darauf auf den Umstand, daß der Vertrag vorher in allen Punkten übereinstimmend abgeschlossen worden sei, sodaß das in einem wesentlichen Punkte anders lautende Bestätigungsschreiben hier keine konstitutive Bedeutung mehr haben könne, sondern lediglich als Beweismittel für den Inhalt des mündlich abgeschlossenen Vertrages anzusehen sei. Demgegenüber macht das Reichsgericht geltend, daß es in der unverkennbaren Absicht des Klägers gelegen habe, dem Empfänger nochmals alle Vertragspunkte schriftlich vorzulegen, um hierdurch den Empfänger zur Prüfung zu veranlassen, ob die beiderseitig getroffenen Abmachungen im Einklang stehen. Der entgültige Inhalt des Vertrages solle sich aus dem Bestätigungsschreiben ergeben. Das sei der Zweck dieses Schreibens. In der Aenderung des Inhalts und dem Schweigen hierauf sei eine nachträglich getroffene Vereinbarung zu erblicken, für welche die allgemeinen Rechtsgrundsätze für das Zustandekommen von Verträgen anzuwenden seien. Da im Handelsverkehr im Hinblick auf § 346 HGB. und § 157 BGB. durch Stillschweigen ein Vertragsschluß herbeigeführt werden könne, hätte hier gerade unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche und der Grundsätze von Treu und Glauben bei Nichteinverständnis mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens der Empfänger dies alsbald in einer Antwort zum Ausdruck bringen müssen. Da er aber geschwiegen habe, könne dies Schweigen nur als Zustimmung aufgefaßt werden.[90])

Es macht also keinen Unterschied, ob die vorausgegangenen Verhandlungen mehr oder weniger über die Bedingungen des Geschäftes enthalten, ob die neuaufgenommenen Zusätze oder die Auslassungen wesentlich oder unwesentlich sind; das Schweigen auf ein solches Schreiben kann sogar dann als

[89]) RG. Bd. 54 S. 178.
[90]) Vergl. auch RG. Bd. 58 S. 70.

Einverständnis zu dessen Inhalt angesehen werden, wenn das bestätigte Geschäft tatsächlich gar nicht geschlossen war.[91])

Der für das Bestätigungsschreiben geltende Handelsgebrauch hat sich derartig durchgebildet und in so weiten Kreisen durchgesetzt, daß er nicht nur bei bestimmten Branchen oder in bestimmten örtlichen Gebieten vorherrscht, sondern in der kaufmännischen Welt überhaupt. Es könnte deshalb selbst der Beweis der Nichtkenntnis die Gegenpartei nicht von der Pflicht befreien, nach Treu und Glauben der fraglichen Usance entsprechend zu handeln. Noch weniger könnte dieser Gegenbeweis durchdringen, wenn die erwähnte Usance in den Geschäftskreisen des Beweisführers geübt wird.

Ist der Vertragsgegner nicht mit dem Inhalt des Schreibens einverstanden, lehnt er also den Vertragsschluß auf der Grundlage des Schreibens ab, so ist er verpflichtet, auf irgend eine Weise dem Absender sein Nichteinverständnis zum Ausdruck zu bringen. Daß er dazu eingehend Stellung nimmt, die Gründe seiner Ablehnung dartut, wird nach Handelsgebrauch keineswegs verlangt. Es bedarf zur Kenntlichmachung des Nichteinverständnisses nicht einmal einer ausdrücklichen Mitteilung. Es genügt die Rücksendung des Bestätigungsschreibens, das weder mit der Unterschrift des Käufers versehen sein, noch sonst irgendwelche Zeichen seiner Genehmigung tragen darf. Die Beifügung eines Begleitschreibens wird nicht gefordert.[92])

§ 15 Keine geringe Bedeutung hat der Handelsbrauch dem Schweigen auf allgemeine Geschäftsbedingungen zugewiesen. Es empfiehlt sich hier eine Scheidung vorzunehmen. Es soll demnach der Sondermitteilung an den einzelnen Vertragsgegner die öffentliche Bekanntmachung der Geschäftsbedingungen gegenübergestellt werden. Schon das allgemeine Rechtsempfinden wird im ersteren Fall eher dem Schweigen die Bedeutung der Zustimmung beimessen, als im letzteren. Immerhin wird sich ergeben, daß auch hier die besonderen Umstände, vor allem die Gebräuche bestimmter Geschäftszweige, einen gewissen Ausgleich schaffen.

Es braucht kaum besonders darauf hingewiesen werden, daß es nicht genügt, wenn bei einem kaufmännischen Betrieb bestimmte Geschäftsbedingungen bestehen. Ohne ihre Kundgabe können sie nicht in Wirkung treten.[93]) Je nach dem Zweck, den sie verfolgen, je nach der Form, in die sie geklei-

[91]) Vergl. auch RG. v. 6. 5. 1910, Warn. Rechtsspr. Nr. 233, JW. S. 649.

[92]) OLG. Hamburg v. 9. Juni 1905; Hans. GZ. Bd. 26 S. 180; Warn. Jahrb. d. Entsch. 1905 S. 275 Nr. 24.

[93]) KG. 2. 6. 1894, KGBl. S. 71.

det sind, werden sie der Außenwelt gesondert oder in öffentlicher Bekanntmachung mitgeteilt.

Zunächst soll die Mitteilung an den einzelnen Vertragsgegner behandelt werden. Sie verfolgt in der Regel den Zweck, mit dem Andern in Geschäftsverbindung zu treten. Hat eine Partei solche Gesch.Bed. erhalten und gibt sie der andern Partei im Anschluß daran Aufträge, so gilt, wenngleich die Bedingungen nicht ausdrücklich anerkannt wurden, ihr Stillschweigen im Zweifel als Unterwerfung unter jene Bedingungen.[94]) Diese einmal mitgeteilten Gesch.Bed. sind auch bei späteren Geschäftsabschlüssen zugrunde zu legen, es sei denn, daß ausdrücklich dagegen Einspruch erhoben wurde, oder andere Vereinbarungen getroffen wurden.[95]) Im Zusammenhang mit der Versendung von Bedingungen sind die Preislisten, Empfehlungsschreiben und Kataloge zu nennen. Diese Anerbietungen an das breite Publikum, „Offerte an jedermann", wie Staub [96]) sie nennt, sind regelmäßig gar nicht dazu bestimmt, unmittelbar angenommen zu werden. Sind also nicht als Offerten anzusehen. Diese Schriftstücke werden in so großer Anzahl verschickt, daß der Absender sehr in Verlegenheit geriete, wollte jeder Adressat auch nur einen Teil des darin Ausgebotenen annehmen.

Obwohl also eine bindende Offerte nicht vorliegt, so gebietet doch die Verkehrsanschauung eine Berücksichtigung der in allgemeinen Anerbietungen enthaltenen Bedingungen. Wird im Anschluß an sie verhandelt und abgeschlossen, so sind sie zur Auslegung des Vertrages heranzuziehen.[97]) Wird eine Bestellung gemacht, so gelten die neben dem Hauptbestandteil eines Katalogs aufgeführten Bedingungen als anerkannt, während anderseits vom Versender anzunehmen ist, daß er an die von ihm selbst getroffenen Bedingungen gehalten ist.[98])

Als solche Bedingungen sind z. B. Bestimmungen über Lieferungszeit, Preisfestsetzung, Zahlungserleichterung und dergl. anzusehen. Jedoch ist diesen Bedingungen mit Recht eine Grenze gezogen. „Befinden sich etwaige vom Gesetze abweichende Bestimmungen darin, so darf nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der andere Teil sich ihnen unterwerfen wollte," erklärt Makower [99]) in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des KG. v. 14. 6. 04. In der Tat dürften solche Bestimmungen überhaupt nicht der Beachtung wert sein.

---

[94]) RG. in Holdheims in M. Schr. 99 S. 190; RG. Bd. 13 S. 77; Hans. GZ. 1906, Hptbl. S. 56.
[95]) JW. 1918 S. 236 Ziff. 5.
[96]) a. a. O. Exk. zu 361 Anm. 13.
[97]) Staub, Exk. zu 361 Anm. 13.
[98]) ROHG. Bd. 21 S. 195; Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 316; RG. Bd. 28 S. 29.
[99]) Makower, § 346 Anm. III, 2.

Denn als Bestimmungen solcher Art sind vor allem z. B. Abweichung vom gesetzlichen Erfüllungsort, Unterwerfung unter einen besonderen Gerichtsstand oder gar Ausschluß des Rechtsweges anzusehen. Solche Bedingungen aber gehören im allgemeinen nicht in die erwähnten Ausbietungen, sie werden darin auch nicht vermutet und können nicht ohne weiteres als anerkannt gelten. Auch Staub scheint diese Anschauung zu vertreten. Er steht auf dem Standpunkt, daß von einem, der sich auf den Katalog wegen des Preises und der Beschaffenheit der Ware bezieht — und diese Bezugnahme ist in erster Linie zugrunde zu legen — nicht angenommen werden darf, daß er sich diesen ungewöhnlichen Bestimmungen unterwerfen wolle.[100]) Jedoch ein den ausdrücklichen Widerspruch erheischender Umstand ist darin zu sehen, daß diese Bedingungen an einer in die Augen springenden Stelle angebracht sind, sodaß angenommen werden muß, daß der Besteller sie gelesen hat. Hier also gelten auf Schweigen auch diese ungewöhnlichen Geschäfts-Bedingungen im Falle einer Bestellung als akzeptiert.[101]) Diese Bestellung muß im Anschluß an die Ausbietung in der Preisliste, im Katalog etc. erfolgen, also innerhalb einer angemessenen Frist. Denn es ist nicht immer anzunehmen, daß ein längere Zeit nach Zusendung einer Preisliste ohne ausdrückliche Bezugnahme auf sie abgeschlossenes Geschäft auf Grund der Preisliste und der in ihr enthaltenen Bedingungen zustandegekommen ist.[102])

Der Mangel an ausreichenden gesetzlichen Bestimmungen und die Verschiedenartigkeit der Betriebe macht es notwendig, daß manche Unternehmungen besonders für ihre Zwecke eingerichtete Bedingungen erlassen und diese öffentlich bekannt geben. Es handelt sich hier in der Haupstache um öffentliche Anstalten, z. B.. Banken, Versicherungs- und Transportunternehmungen. Da diese Anstalten sich ihrer Bestimmung gemäß an die breiteste Oeffentlichkeit wenden, würde eine Einzelversendung von Gesch.-Bedingungen und Prospekten einen ungeheueren Kostenaufwand erfordern. Da überdies jeder Kontrahent, der mit solchen Unternehmungen in Verbindung tritt, mit dem Bestehen besonderer Bedingungen rechnen muß, so hat er, wenn er nicht einen Prospekt anfordert, die öffentlichen Bekanntmachungen zu beachten. Unterläßt er dies, so ist bei einem Vertragsabschluß sein Schweigen als Unterwerfung unter die Bedingungen zu betrachten.

In der Regel werden diese in den Zeitungen bekannt gegeben. Jedoch auch das Aushängen in den Geschäftsräumen muß als genügend erachtet werden, um so mehr, als nicht

[100]) Staub, Exk. § 361 Anm. 13.
[101]) Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 78.
[102]) RG. v. 26. II. 1904 in Holdheims Monatsschr. S. 225.

verlangt werden kann, daß die öffentliche Bekanntgabe in den Zeitungen fortlaufend erscheint. Makower[103]) nimmt in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des RG.[104]) an, es müsse in diesem letzteren Fall (Aushängen im Geschäftsraum) nachgewiesen sein, daß die Bedingungen der Vertragspartei zur Kenntnis gekommen sind; widrigenfalls sei der Schluß auf den Unterwerfungswillen nicht zulässig.

Allein, man darf nicht auf der einen Seite erleichternde Befugnisse einräumen, um sie auf der andern Seite zu verkürzen. Der vereinfachte und dadurch reibungslosere Verkehr mit diesen Anstalten sollte ja gerade durch eine Maßnahme erreicht werden, die die sonstigen Grundsätze über die Bedingungen erweiterte. Vielmehr ist mit dem KG.[105]) als richtig zu erachten, daß jeder, der mit Unternehmungen dieser Art in Geschäftsbeziehung tritt, davon auszugehen hat, daß besondere Gesch.-Bedingungen bestehen. Seine Nichtkenntnis hindert nicht, daß sie zum Bestandteil des abgeschlossenen Vertrages werden, es sei denn, er habe sich ausdrücklich dagegen gewandt.

Aenderungen von Gesch.Bedingungen, die während schon bestehender Geschäftsverbindung vorgenommen werden, müssen dem Kunden mitgeteilt werden. Schweigt dieser hierauf, ohne die Geschäftsbeziehung aufzugeben, so ist darin eine stillschweigende Anerkennung der neuen Bedingung zu sehen.[106]) Bei Banken bedeutet dies die stillschweigende „Prolongation" schwebender Bankgeschäfte.

Das Zugeständnis, das mit dieser Handelsgewohnheit den erwähnten Anstalten gemacht ist, die erleichterte Aufstellung und Anwendung der für ihre Geschäftszweige erforderlichen, individuellen Bedingungen, kann allerdings leicht zu einem Mißbrauch durch die Unternehmer führen. Denn die Macht, die ihnen dadurch in die Hand gegeben wird, kann leicht dazu benützt werden, dem Vertragsgegner unbillige Bedingungen aufzuerlegen, besonders, wenn es dem Unternehmer darum zu tun ist, sich zum Beispiel den tatsächlichen Alleinhandel zu sichern oder die Wettbewerbsbedingungen auszuschließen. Aus diesem Grunde besteht ein Interesse, den Einfluß allgemeiner Bedingungen nicht allzusehr auszudehnen. Allein der Grundsatz der bona fides gebietet auch hier Einhalt, wo zu befürchten steht, daß die Aufstellung gewisser Bedingungen nicht mehr mit dem Gebahren eines redlichen Kaufmanns in Einklang zu bringen ist. In diesem Falle würden die Bedingungen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unverbind-

[103]) Makower, § 346 Anm. 8.
[104]) RG. Bd. 13 S. 76.
[105]) KG. in KGBl. 1894 S. 70.
[106]) RG. in Bankarchiv Bd. 9 S. 141.

lich sein.[107]) Denn es ist auch hier das Prinzip entscheidend, daß auf dem Wege der stillschweigenden Unterwerfung verbotenen und unsittlichen Geschäften Wirksamkeit nicht verliehen werden kann.

Anderseits ist zu berücksichtigen, daß das, was für die öffentlichen Anstalten gilt, nicht auch auf die privaten ohne weiteres Anwendung finden kann. Denn während man von jedem, der z. B. mit einem öffentlichen Transportunternehmen kontrahiert, die Kenntnis voraussetzen darf, daß Sonderbestimmungen bestehen, oder wenigstens den Willen, sich den etwa bestehenden zu unterwerfen, würde eine derartige Unterstellung bei Privatunternehmungen vielfach als zuweitgehend erachtet werden müssen. Es würde den Belangen des Kontrahenten nicht zugute kommen, wollte man „privaten Unternehmungen, die ihre Bedingungen nicht oder nicht genügend publiziert haben, das Recht zubilligen, sich auf ihre Reglements zu berufen".[108]) In diesem Falle also ist es notwendig, daß dem Vertragsgegner die Bedingungen zugegangen sind oder sonst irgendwie bekanntgegeben wurden; die bloße Kenntnis, daß irgendwelche Bedingungen bestehen, würde den Schluß auf die stillschweigende Unterwerfung unter diese nicht erlauben.

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine vielfach übliche Handhabung der Banken hinzuweisen, die unter ihren Bedingungen u. a. bestimmen, daß Stillschweigen auf den Buchauszug nach Ablauf einer gewissen Frist als Anerkenntnis angesehen werde. Dieser Geschäftsbrauch ist durchwegs anerkannt; er ist auch unerläßlich, will der Bankier nicht durch das Zögern des Kunden eine den ordnungsmäßigen Geschäftsgang hindernde Verschleppung in der Feststellung seiner Kontokorrentsaldos erfahren. Denn der Saldo ist dann festgestellt, wenn der Rechnungsabschluß vom Kunden anerkannt ist. Damit erst erlangt er seine besonderen Wirkungen.

Aber selbst, wenn eine diesbezügliche Bestimmung nicht in den Bedingungen enthalten ist, so besteht für den Bankier die Befugnis, dem Kunden eine angemessene Frist zur Anerkennung des übersandten Rechnungsauszuges zu setzen. Es ist das zwar eine einseitig gesetzte Proposition, gegen die sich aufzulehnen aber gänzlich aussichtslos wäre. Denn dieses Recht ist dem Bankier durch Handelsgebrauch zugesprochen; selbst das ausdrückliche Ablehnen der Innehaltung der — meist auf vier Wochen — festgesetzten Frist, könnte dem Bankier niemals zum Nachteile gereichen, vorausgesetzt, daß ein maßgebender Grund nicht vorgebracht wurde. Jakobsohn[109]) bringt einen Fall aus der Praxis: Ein Kunde, der als

[107]) RG. Bd. 62 S. 266.
[108]) Staub, § 346 Anm. 15.
[109]) Jakobsohn in Bankarchiv 1904 S. 198.

Querulant bestens bekannt war, antwortete auf die Aufforderung, das Kontokorrent zu bestätigen, er bestätige prinzipiell nicht; auf die weitere Aeußerung des Bankiers, daß unter diesen Umständen die Rechnung nach vier Wochen als genehmigt betrachtet werden würde, entgegnete er: „Sie werden die Güte haben, auch nach dieser Zeit auf Erinnerungen meinerseits zu reagieren.“ Diese Erklärung blieb unbeantwortet. Die Rechnung aber galt nach diesen vier Wochen als genehmigt.

Hier also zeigt sich ein Beispiel, wo trotz Widerspruchs das Stillschweigen auf eine einseitige Proposition die Genehmigung erzeugte. Denn die einseitig auferlegte Bedingung konnte sich auf die bona fides stützen, der Widerspruch aber verstieß gegen die guten Sitten.

Nicht soweit dürfte man natürlich gehen beim Kontokorrentverkehr unter Kaufleuten im allgemeinen. Es ist zwar auch hier anerkannt, daß der Saldo durch Stillschweigen genehmigt werden kann. Allein nicht ohne weiteres, sondern gestützt auf konkludente Handlungen, die die Genehmigung als erteilt erscheinen lassen. Die wichtigste unter diesen ist in der Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nach Empfang der Abrechnung zu sehen.[110]) Besteht die weitere Geschäftsverbindung nur insoweit, als der Kontrahent die bisher laufenden Geschäfte lediglich zu Ende führt, seine Geschäfte abwickelt, so kann diese Tätigkeit nicht als Fortsetzung angesprochen werden. Notwendig hiefür ist vielmehr die Eingehung neuer oder die Prolongation der bisherigen Geschäfte.[111]) Daneben können auch andere Handlungen, zum Beispiel das Gesuch um Stundung des Saldos den Schluß auf das Anerkenntnis rechtfertigen. Ja, auch das Schweigen auf eine widerlegte Erinnerung oder Beanstandung eines Saldos darf in diesem Sinne ausgelegt werden.

---

[110]) Bolze, 11 Nr. 289; JW. 1903 S. 123.
[111]) JW. 1898 S. 308.

III. Abschnitt.

Wenn die Handelsgebräuche ihrem Zweck und ihrer Natur nach vielfach geeignet und auch berechtigt sind, dem Schweigen die Wirkung einer zustimmenden Erklärung beizulegen, so sind sie doch nicht imstande, den positiven Grundsatz zu erschüttern, daß derjenige, dem ein Antrag gemacht wird, im allgemeinen nicht verpflichtet ist, eine Antwort zu geben und nicht zu befürchten hat, als Zustimmender zu gelten.

§ 16 Die Fälle des Stillschweigens beim Handelsgebrauch entspringen, ganz abgesehen von den Erfordernissen einer rascheren Verkehrsabwicklung, aus einem gewissen, auch in der heutigen Zeit noch bestehenden Rest von Zusammengehörigkeitsgefühl der Kaufleute, dem Prinzip des Vertrauens zu- und untereinander; der redliche Kaufmann, der die Interessen des Geschäftsgegners kennt und würdigt, will nicht durch sein Schweigen da, wo eine Antwort von ihm erwartet wird, eine Benachteiligung des andern herbeiführen.

Allein das Vertrauen auf das Entgegenkommen des Kaufmanns dafür zu benützen, um aus dem Schweigen ganz allgemein eine Zustimmung oder eine Annahme des Antrages zu lesen, würde bei der heutzutage viel freieren Gestaltung des Verkehrs eine ungeheuere Ueberspannung dieses Prinzips bedeuten. Im allgemeinen ist der Kaufmann längst davon abgekommen, dem andern lediglich aus sozialem Gefühl heraus einen Dienst zu leisten. Er würde es als Zumutung empfinden, würde man von ihm verlangen, daß er jeden Brief beantworte, ein bleibendes Zeugnis gegen sich ausstelle und die damit verbundene Belästigung über sich ergehen lasse. Die Pflicht der gegenseitigen Hilfsbereitschaft und die daraus entstandene Antwortpflicht existieren nur noch, soweit die Verkehrssitte sie als notwendig erachtet oder, soweit zwischen zwei Kaufleuten engere Bande bestehen, die nach der Sprache des Gesetzes und der des Kaufmannsstandes als „Geschäftsverbindung" gekennzeichnet sind.

Daß im Mittelalter unter dem Einfluß der italienischen Handelsgebahrung die gegenseitige Rücksichtnahme unter den Kaufleuten viel ausgeprägter war, wurde oben schon erwähnt. Der Umstand, daß der Andere ebenfalls Kaufmann war, ge-

nügte, daß man ihm mit der Achtung und Bereitwilligkeit eines beruflich Nahestehenden entgegenkam. Demgemäß galt das für unsere moderne Zeit kaum verständliche Prinzip, daß ganz allgemein jeder Kaufmann verpflichtet war, Aufträge anzunehmen und auszuführen.[1]) Und wenn sich auch diese strenge Verpflichtung auf die Dauer nicht halten ließ, so blieb doch der nach Gewohnheit geübte Rechtsgrundsatz, daß der Kaufmann die Pflicht hatte, den Auftrag abzulehnen, wenn er sich außerstande sah, ihn auszuführen. „Aber selbst wenn triftige Gründe für die Ablehnung bestanden, durfte er von dem Ablehnungsrechte nur Gebrauch machen, wenn es ihm möglich war, den Auftraggeber noch rechtzeitig zu benachrichtigen.“[2])

Man kann diese Gebundenheit nur dann verstehen, wenn man die sozialen Verhältnisse der damaligen Zeit in Erwägung zieht; diese Rücksichtnahme war mehr ein Selbstschutzsystem, entstanden aus der durch innen- und außenpolitische Kämpfe durchsetzten Zeit. Der Kaufmannsstand war gezwungen zu dieser Geschlossenheit, die allein verhindern konnte, daß der Handel von den Unbilden des Mittelalters verschlungen wurde. Die straffe ständische Organisation[3]) stärkte das Standesbewußtsein der Kaufleute und machte es ihnen zu einer Selbstverständlichkeit, dem Standesgenossen einen Dienst zu erweisen, wenn sie dadurch von ihm Schaden abwenden konnten.

Von diesem starken Band, das den weiten Kreis von Personen eines Standes umspannte, finden wir heute, wo der Handel sich längst seine sicheren Bahnen gegraben hat, nur noch Spuren. Die Antwortpflicht oder gar die Pflicht zur Ausführung eines Auftrages besteht nicht mehr für alle untereinander, sondern nur für bestimmte, die in engerer Fühlung zueinander stehen; das Band, das heute maßgebend ist, ist nicht mehr das der Standeszugehörigkeit, sondern das der Geschäftsverbindung.

Aber selbst diese ist nur in Verbindung mit bestimmten Voraussetzungen durch das Gesetz für fähig erklärt, eine Ausnahme von dem obenbezeichneten Grundsatz aufzustellen, daß Schweigen auch für den Kaufmann nicht als Annahme eines Antrages gilt.

§ 362 HGB. spricht in seinem ersten Satze aus: Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags.

---

[1]) Ehrlich, a. a. O. S. 175.
[2]) Ehrlich, a. a. O. S. 175.
[3]) Vergl. Rehme im 1. Bd. v. Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsr. § 13 S. 125 ff.

Zur Kenntnis der Entwicklung dieser Vorschrift lohnt es sich, ein Streiflicht auf die Entstehungsgeschichte zu werfen. Vergleicht man den Art. 323 des ADHGB. mit dem § 362 HGB., so erkennt man — abgesehen von weniger einschneidenden Abweichungen — beim ersteren, daß unter den Voraussetzungen diejenige fehlt, daß der Kaufmann, dem der Antrag zugeht, aus der Ausübung der Geschäfte ein Gewerbe macht. Der preuß. Entwurf (Art. 240) verlangte auch in dieser Richtung die Antwortpflicht, und zwar sollte dieser Fall als gesonderte Alternative, nicht etwa im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung in den Entwurf aufgenommen werden. Im preuß. Landrecht galt diese Bestimmung. Sie wurde jedoch von der Kommission zur Beratung des allgem. deutsch. HGB. einstimmig verworfen, weil man einen Mißbrauch dieser Vorschrift befürchtete. Es wurde gegen sie vorgebracht, „daß man einem Kaufmanne doch nicht zumuten könne, daß er die von ganz unbekannten Personen eingehenden, bedenklichsten Aufträge ohne alle Deckung vollführe und für allen aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden einstehe, wenn einmal im Drange von Geschäften oder, weil der Kaufmann vielleicht gerade krank oder verreist gewesen, ein solcher Brief nicht sofort ablehnend beantwortet worden sei".[4])

Unser HGB. enthält den erwähnten Passus wieder mit unwesentlichen Aenderungen. Es hat in der einfachsten Weise den eben geschilderten Bedenken ein Ende gemacht, indem es den Satz des Art. 240 des preuß. Entw. „oder wenn derselbe aus der Ausrichtung solcher Aufträge ein Gewerbe macht" in anderer Fassung seinen § 362 einverleibt, jedoch nicht mehr in Form einer Alternative, sondern in engster Beziehung zur Geschäftsverbindung mit dem Antragsteller. Für einen Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, besteht die Antwortpflicht, w e n n der Antragsteller mit ihm in Geschäftsverbindung steht.

§ 362 HGB. fährt fort: Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. Auch diese Bestimmung enthielt ganz ähnlich schon der preuß. Entwurf. Diesem entsprechend, ging sie in den Art. 323 ADHGB. über. Er erscheint nicht unwichtig, daß bei den Beratungen über diesen Gegenstand Stimmen laut wurden, die an das alte Prinzip erinnern, daß ein Kaufmann in gewissen Fällen nicht einmal das Recht habe, abzulehnen, sondern, daß er gezwungen sei, einen Auftrag auszuführen. Es wurde der diesbez. Antrag damit begründet, daß der Fall eintreten könne, wo für den Antragsteller Gefahr im

[4]) Protokolle S. 581.

Verzuge sei, wo die Ablehnung also unzeitig, oder, wie es in den Protokollen heißt „intempestiv" sein würde. Wenn die Umstände so lägen, „dürfte der Kaufmann nicht einfach ablehnen, um die Sache wie immer gehen zu lassen".[5]) Soweit es die Gefahr im Verzuge erfordere und soweit dies ihm selbst nicht zum Schaden gereiche, müsse er den Auftrag ausführen. Man hielt es nicht mit der bona fides vereinbar, wenn der Kaufmann durch die Fassung des Art. 301 zu der Ansicht käme, es sei alles mit der Ablehnung des Auftrages erledigt und es bestehe nur die gesetzliche Pflicht für die übersandte Ware zu sorgen. Letzteres sah man nach dem bestehenden Grundsatz als eine selbstverständliche Notwendigkeit an, unter den geschilderten Umständen aber erschien auch die Ausführung des Auftrages unerläßlich, und ganz besonders in dem Fall eines vorausgegangenen Anerbietens. Demgemäß wurde ein Antrag gestellt, dem ersten Absatz des Art. 301 des Entwurfes den Zusatz beizufügen: „Soweit Gefahr im Verzuge ist und es ohne seinen Nachteil geschehen kann, hat der Kaufmann den Auftrag auszuführen, und insbesondere die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen".[6]) Indes der Antrag konnte sich nicht durchsetzen, weil man wegen der Sicherungsmaßnahmen eine zu starke Belastung des Antragsempfängers befürchtete und weil der Zusatz sich nicht mit allen Bestimmungen des vorausgehenden Absatzes in Einklang bringen ließ. In der Tat würde eine derartige Vorschrift einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit des Auftragsempfängers bedeuten, wenn man den Fall annimmt, daß er sich nicht zur Ausführung vorher erboten hat, sondern nur mit dem Auftraggeber in Geschäftsverbindung steht. Immerhin ist dieser Vorgang bei den Beratungen charakteristisch für die vielfach strenge Auffassung des Kaufmannsstandes. Jedoch ist es zweckmäßiger, eine derartige Handhabung der freien Betätigung der Kaufleute zu überlassen, die sie den Umständen entsprechend bei bestimmten Waren und Branchen als Handelsübung zur Durchführung bringen können, ohne daß es notwendig wäre, eine derartig einschneidende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen.

Als grundsätzliche Aenderung gegenüber dem Art. 323 ADHGB. ist hervorzuheben, daß § 362 HGB. nicht mehr den Ausdruck „Auftrag" gebraucht, sondern diesen durch „Antrag auf Besorgung von Geschäften" ersetzt. Damit entgeht es einerseits der bürgerlich-rechtlichen Bedeutung des Begriffes „Auftrag", der die unentgeltliche Besorgung von Geschäften zum Gegenstande hat,[7]) andererseits der im kaufmännischen

---

[5]) Protokolle der Komm. z. Beratung eines ADHGB. S. 4579.
[6]) Protokolle der Komm. z. Beratg. eines ADHGB. S. 4579.
[7]) Denkschrift z. Entw. eines HGB. S. 217.

Sprachgebrauch häufig angewandten Auslegung als Kaufantrag in Form von Warenbestellungen. (Der Fabrikant spricht von zahlreichen „Aufträgen" und meint damit lediglich Bestellungen und Lieferungsverträge.)

§ 17 Der Begriff „Geschäftsbesorgung" ist allerdings das Objekt eines lebhaften Meinungsstreites geworden, aus welchem bis heute keine einheitliche Lösung hervorging. Der Gesetzgeber des BGB. hat den Zankapfel unter die Parteien geworfen: Schon die Kommission für die zweite Lesung eines BGB. hat die Schwierigkeit einer Definition erkannt und ist dieser Schwierigkeit ausgewichen. Sie war der Ansicht, daß die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft überlassen werden könne.[8])

Den Streit bildet die Frage, ob unter Geschäftsbesorgung nur Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, oder ob darunter auch Geschäfte rein tatsächlicher Art fallen. Es war naheliegend, den Begriff der Geschäftsbesorgung für das BGB. und für das HGB. einheitlich zu interpretieren, umsomehr, als das Handelsgesetzbuch gemäß Art. 1 EGHGB. gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft trat, beide Gesetze also als ein einheitliches Gesetzgebungswerk aufzufassen sind. Mit Recht durfte man deshalb annehmen, daß eine einheitliche Gesetzessprache geschaffen werden sollte. Anderer Ansicht ist allerdings Makower,[9]) der sagt, daß die Bedeutung des Wortes Geschäftsbesorgung aus § 663 und § 675 BGB. nicht für die Bedeutung dieses Wortes im HGB. maßgebend sei, weil die Fassung des HGB. an sehr vielen Stellen nicht in so genaue Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des BGB. gebracht sei.

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die zahllosen in der Literatur vertretenen Ansichten über den Begriff der Geschäftsbesorgung im einzelnen zu behandeln. Bekanntlich lassen sich die Anschauungen in drei Hauptgruppen teilen. An der Spitze der ersten steht Staub. Er vertritt die Anschauung, daß unter der Geschäftsbesorgung nur die Besorgung von reinen Rechtsgeschäften zu verstehen sei. Staub[10]) argumentiert ungefähr folgendermaßen: Aus § 675 BGB. geht hervor, daß es zweierlei Arten von Dienst- und Werkverträgen gibt, nämlich solche, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Und zwar könnten die zweite Art nur solche Dienst- und Werkverträge bilden, die lediglich Dienste tatsächlicher Art enthalten. Wollte man auch alle bloß tatsächlichen Geschäfte in den Bereich der Geschäftsbesorgung einbeziehen,

[8]) Protokolle, II, S. 37.
[9]) Makower, § 362 Anm. II a Nr. 3.
[10]) Staub, § 362 Anm. 2.

so würden alle Dienst- und Werkverträge unter den § 675 BGB. fallen und der beschränkende Relativsatz dieser Vorschrift erwiese sich als sinnlos.

Ist der Auffassung Staubs auch nicht in vollem Umfange zuzustimmen, so muß doch unbedingt die Tatsache, daß er in seiner Theorie eine prägnante Klarheit zeigt, anerkannt werden. Seine Auffassung ist frei von Widersprüchen. Allein Staub zieht den Kreis der den Gegenstand der Geschäftsbesorgung bildenden Geschäfte zu eng. Als Gegner Staubs zeigt sich Lehmann-Ring.[11]) Er ist der Meinung, daß das zu besorgende Geschäft in den meisten Fällen ein Rechtsgeschäft sein werde. Im übrigen aber erklärt er die Ansicht Staubs als zu weitgehend. Lehmann-Ring zergliedert den Begriff Geschäftsbesorgung. Es komme nicht so sehr auf das Wort „Geschäft", als auf den Ausdruck „Besorgung für andere"' an. Auf letzterem Moment liege der Nachdruck. Der Zweck der Vorschrift sei die Heranziehung der Hilfspersonen des Handelsstandes; ob diese im gegebenen Falle eine tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Hilfstätigkeit entwickelten, sei nicht unbedingt maßgebend. Nach seiner Meinung fällt z. B. der einem Reisebüro erteilte Auftrag zur Zusammenstellung eines Rundreisebillets unter den Begriff der Geschäftsbesorgung, ebenso die Auskunfterteilung.

Makower[12]) ist derselben Ansicht wie Lehmann, weicht aber in seiner Begründung wesentlich von der Lehmanns ab. Er geht wieder zurück auf die Vorschriften des BGB. und will seine Anschauung stützen, indem er diejenige Staubs zu widerlegen versucht. Auch er verficht den Standpunkt, daß der Begriff Geschäftsbesorgung nicht nur die Rechtsgeschäfte in sich schließe, sondern auch tatsächliche Geschäfte. Er deduziert seine Anschauungen aus folgenden Erwägungen: Wenn unter Geschäftsbesorgung nur die Besorgung von Rechtsgeschäften zu verstehen wäre, so wären im BGB. Vorschriften über die Beauftragung zu nichtrechtsgeschäftlichen Geschäften und über auftragslose Besorgung solcher Geschäfte überhaupt nicht vorhanden.

Staub stützt sich auf § 675 BGB. und leitet daraus seine Begriffsbestimmung ab; Makower führt dagegen die §§ 663 und 677 BGB. ins Feld, die erkennen lassen, daß in ihnen die Beschränkung, die Staub der Geschäftsbesorgung zulegt, nicht gewollt ist, wenn überhaupt das Wort „Geschäftsbesorgung" des § 675 BGB. dem Sinne nach identisch ist mit den in den §§ 677 und 663 BGB. gebrauchten Ausdrücken „Geschäfte besorgen" und „Besorgung von Geschäften".

---

[11]) Lehmann-Ring, § 362 Nr. 4.
[12]) a. a. O. § 362 Anm. II a, 3.

Als dritten Vertreter dieser Richtung führe ich Düringer-Hachenburg an[13]); er schöpft seine Stellung aus den Motiven. Die erwähnte Stelle darin lautet[14]): „Das Wort Geschäft läßt nach gewöhnlichem Sprachgebrauche und der Sprache des Entwurfs (vergl. §§ 749 ff., 634 ff, 115 ff.) insbesondere die Deutung nicht zu, als ob darunter nur Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine bloße tatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre". Demnach zieht auch er die rein tatsächlichen Geschäfte in den Bereich der Geschäftsbesorgung und macht nur insoweit eine Einschränkung, als er die unter dauernde Dienstverhältnisse fallende Tätigkeit von der Geschäftsbesorgung ausschließt.

Staub einerseits und die drei letzterwähnten Autoren andererseits stehen zueinander in schroffstem Gegensatz. Beide Richtungen sind soweit von einander entfernt, daß sich mit Notwendigkeit eine dritte entwickeln mußte, die zwischen den beiden Extremen den Mittelweg einschlägt. Während die beiden angeführten Gruppen ihre Anschauungen aus den widersprechenden und mangelhaften Anhaltspunkten des Gesetzes und der Motive konstruieren, lassen sich die Vertreter der dritten Richtung mehr oder minder vom Sprachgebrauch und von rechtspolitischen Erwägungen leiten. Allein auch hier neigt die Tendenz teils auf die eine, teils auf die andere Seite und die jeweiligen Begründungen sind alles mehr als einheitlich. Ich greife nur einige Autoren heraus.

Enneccerus[15]) weist die meisten Berührungspunkte mit der Staubschen Theorie auf: Nach ihm erstreckt sich die Geschäftsbesorgung in der Hauptsache auf Rechtsgeschäfte, daneben aber auch auf sonstige rechtlich bedeutsame Handlungen. Möglicherweise hat E. eine Stelle aus den Protokollen[16]) im Auge, die folgendes sagt: „Jedenfalls müßte davon ausgegangen werden, daß nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Unternehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei. In der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereiches des Geschäftsherrn vorzunehmen sei." Was die Protokolle damit sagen wollen, ist nicht ganz ersichtlich. Sollte das heißen, daß die Geschäfte auch solche sein können, die nur zu den Rechtshandlungen des Geschäftsherrn in gewisser Beziehung stehen, so bleibt immerhin die zweifelhafte Frage, wo hier die Grenze anzusetzen ist. Enneccerus gibt keine Erklärung für seine

[13]) Düringer-Hachenburg, § 362.
[14]) Motive z. Entw. eines BGB., II S. 527.
[15]) Enneccerus, Lehrbuch d. BGB. S. 980.
[16]) Protokolle d. Komm. f. d. 2. Lesung d. Entw. eines BGBG. II, S. 377.

Auffassung; er löst sich aus den Verwicklungen, indem er erklärt, daß unter den „rechtlich bedeutsamen Handlungen" solche Besorgungen zu verstehen seien, die nach der allgemeinen Auffassung des Lebens als Geschäftsbesorgungen zu bezeichnen pflegt.

Cosack [17]) bringt den Begriff der Geschäftsbesorgung in Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens. Und zwar versteht er unter Vermögensverwaltung jede Einwirkung auf Vermögensrechte. Jede Tätigkeit des Dienstverpflichteten, die die Vermögensrechte des Dienstempfängers berührt, ist nach seiner Ansicht Geschäftsbesorgung. Keine Geschäftsbesorgung ist danach z. B. die Tätigkeit des Bootsmannes, der jemand spazieren rudert, ebenso nicht die Tätigkeit des Arztes oder des Lehrers. Dagegen erfülle die Waschfrau, die die Wäsche wäscht, eine Geschäftsbesorgung, ebenso das Dienstmädchen, welches die Kleider reinigt. Keine Geschäftsbesorgung sei es dagegen, wenn es die Herrschaft bei Tisch bedient.

Nicht in derselben engen Fassung, aber mit demselben Grundgedanken begegnet man der Cosackschen Auffassung wieder bei Oertmann.[18]) Den Ausschlag gibt nach ihm der Umstand, daß die Tätigkeit ein wirtschaftliches Resultat für den Geschäftsherrn mit sich bringt. Demnach versteht er unter Geschäftsbesorgung alle diejenigen Dienste, die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind. Geschäftsbesorgung ist nach ihm z. B. die Tätigkeit des Rechtsgelehrten, der ein Gutachten anfertigt, oder die des Detektivs, dagegen nicht die des Hauslehrers oder des Arztes. Mit Düringer-Hachenburg betont auch er die Selbständigkeit der Handlung des Dienstverpflichteten als notwendige Voraussetzung.

Die angeführten Autoren mögen genügen, um die Theorie der vermittelnden Richtung hervorzuheben; die überwiegende Mehrzahl der in der Literatur vertretenen Auffassungen verficht den Standpunkt, daß man neben den Rechtsgeschäften auch die Geschäfte rein tatsächlicher Art zulassen müsse. Bemerkenswert ist, daß sie alle hinsichtlich der letzteren eine Abgrenzung verlangen und demgemäß einen Faktor aufstellen, der einen dem § 362 entsprechenden sinngemäßen Maßstab ergibt, an dem zu erkennen ist, was unter den tatsächlichen Geschäften noch zu der Geschäftsbesorgung gehört und was nicht. Welcher Art dieser Faktor auch ist, ob nun die Tätigkeit auf das Vermögen, auf die Wirtschaftlichkeit oder auf die Rechtssphäre des Dienstherrn einwirkt, es wird stets eine

---

[17]) Cosack, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts Bd. I S. 516.
[18]) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 712.

Frage des Sprachgebrauches und der Auffassung des Lebens sein, ob die einzelnen Geschäfte noch unter den Begriff der „Geschäftsbesorgung" zu subsumieren sind.

Jedenfalls aber muß zugegeben werden, daß von der Geschäftsbesorgung auch Geschäfte rein tatsächlicher Natur erfaßt werden. Auch Sehling [19]) vertritt diesen richtigen Standpunkt. „Die Besorgung von Geschäften" — sagt er — „heißt nicht bloß Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern die Besorgung der tatsächlichen Verrichtungen für den anderen, die also an sich der andere vorzunehmen hätte. Also gehören dahin der Kommissionär, der Spediteur, der Makler, aber auch der Frachtführer. Dagegen sind andere Geschäfte, wie z. B. Antrag eines Kaufabschlusses, Offerte auf Lieferung, ausgeschlossen, denn dabei handelt es sich nicht um Besorgung für andere."

„Besorgung für einen anderen"; hierauf ist das Gewicht zu legen. Und hieraus geht auch hervor, daß nicht nur Rechtsgeschäfte gemeint sein können, ganz davon abgesehen, daß das Gesetz ohne sprachliche Härte auch von der Besorgung von Rechtsgeschäften hätte sprechen können, wenn es nur diese angewandt wissen wollte. Geschäfte aber sind auch tatsächliche Dienste. Aber nur solche können hier gemeint sein, die für andere besorgt werden, und zwar nicht so sehr solche, die dem Auftraggeber geleistet werden, sondern für ihn beschafft werden. Das drückt auch Sehling in oben Angeführtem aus.

Gemeint ist also, daß der Dienst an und für sich Sache des Auftraggebers selbst wäre, daß den Dienst aber für ihn ein anderer, der Beauftragte ausführt. Das Unterscheidungsmerkmal liegt darin, daß der Dienstverpflichtete an Stelle des Dienstherrn das Geschäft besorgt, für ihn geschäftlich eintritt. Wir haben gewissermaßen eine Dreieckstellung, gebildet aus dem Antragsteller, dem Antragsempfänger und einem Dritten. Immer muß es sich also um eine Sache handeln, die sich nicht auf das Verhältnis des Antragstellers zum Antragempfänger beschränkt, wie das der übliche Dienstvertrag in der Regel tut, die vielmehr den Antragsteller im Verhältnis zu einem Dritten angeht. Ueberall da, wo die Beziehung des Dienstherrn zu einem Dritten nicht gegeben ist, wo also der Dienst des Beauftragten lediglich die eigenen Angelegenheiten des Dienstherrn trifft, mögen sie nun sein Vermögen oder seine wirtschaftlichen Interessen berühren oder nicht, kann von einer Besorgung keine Rede sein. Das Dienstmädchen, das die Kleider reinigt, die Waschfrau, die die Wäsche des Dienstherrn wäscht — um die Beispiele Cosacks zu wieder-

[19]) Sehling, Deutsches Handelsrecht S. 267.

holen —, verrichten zwar Dienste, aber sie besorgen sie nicht.[20])

Dabei ist auch an den Zweck der Bestimmung des § 362 zu denken, die doch besondere kaufmännische Geschäftszweige im Auge hat, wie den Agenten, den Kommissionär, den Spediteur. Bei diesen Geschäftszweigen tritt ganz deutlich die sprachliche, mit der rechtlichen zusammenfallende Bedeutung des Ausdruckes „Besorgung für andere" hervor.

Wenden wir uns nun dem weiteren Inhalt des § 362 zu. Es muß sich um einen Kaufmann handeln, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt. Erforderlich ist also, daß der Antragempfänger Kaufmann ist; es genügt jedoch, wenn er nur Minderkaufmann ist, ja, es genügt sogar, daß er, wenn er in Wirklichkeit nicht Kaufmann ist, infolge Eintragung gem. § 5 HGB. als Kaufmann gilt oder daß er infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann anzusehen ist.

Die zu besorgenden Geschäfte müssen nicht gerade den Hauptgegenstand der Gewerbebetriebe bilden, aber sie müssen doch im Rahmen des Betriebes liegen. Das soll der Ausdruck „mit sich bringen" dartun. Es läßt sich natürlich eine unbeschränkte Zahl derartiger Gewerbebetriebe denken, wenngleich von der Vorschrift in erster Linie Agenten, Makler, Spediteure und Kommissionäre getroffen werden. Es sei nur z. B. der Bankier erwähnt, der für seine Kunden Kupons einkassiert oder an der Börse eine bestimmte Gattung von Wertpapieren aufkauft.

Ein weiteres Erfordernis für die Anwendung des § 362 ist eine bestehende Geschäftsverbindung. Die Protokolle sprechen sich nicht weiter darüber aus. Sie überlassen es dem Richter, dem Ausdruck „Geschäftsverbindung" eine entsprechende, nicht allzu ausgedehnte und unbegrenzte Auslegung zu geben.[21]) Wann im einzelnen Fall eine Geschäftsverbindung vorliegt, wird demnach stets eine Tatfrage sein. Jedenfalls aber setzt die Annahme eine Geschäftsverbindung voraus, daß zwischen dem Kaufmann und dem Antragsteller eine gewisse Regelmäßigkeit im geschäftlichen Verkehr besteht oder daß die Beziehungen von vornherein als für die Dauer angeknüpft erscheinen, ohne daß sie durch Vertrag festgelegt zu sein brauchen. Dagegen wird es nicht ausreichen, wenn nur vorübergehend zwischen beiden einige Geschäfte zustande gekommen sind oder wenn wegen ein und desselben Geschäfts längere Verhandlungen gepflogen wurden.[22]) Gleich-

[20]) Vergl. auch die Ausführungen Brodmanns in Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts, Bd. 4 Abt. II S. 34.
[21]) Protokolle d. Komm. z. Beratg. eines ADHGB. S. 582.
[22]) Vergl. RG. Bd. 28 S. 322.

gültig ist es, in welcher Art von Geschäften die Verbindung besteht. Es ist vor allem nicht erforderlich, daß das Geschäft, dessen Besorgung beantragt wurde, bisher schon Gegenstand der Geschäftsverbindung war. Eine Beschränkung des Kaufmannsgewerbes auf eine gewisse Branche von Handelsgeschäften wäre im andern Fall unvermeidlich und gerade das soll, wie schon aus den Protokollen [23]) hervorgeht, verhindert werden.

Endlich ist die letzte Voraussetzung zu erwähnen, die eine Antwortpflicht des Kaufmanns in gleicher Weise begründet. Sie ist dann gegeben, wenn ihm ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. Maßgebend ist hier eine individuell persönliche Beziehung zwischen den beiden, die allerdings nicht wie bei der Geschäftsverbindung den Charakter des Dauernden an sich tragen muß.

Liegen die geschilderten Voraussetzungen vor, so ist der Kaufmann verpflichtet, unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.) zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Hierin liegt die Besonderheit der Vorschrift. Nicht daß eine wesentliche Abweichung von der Grundregel des Obligationenrechts vorläge — der Vertrag kommt auch hier durch Antrag und Annahme zustande —, aber daß diese Annahme eigenmächtig konstruiert wird, ist das Absonderliche. Es erhebt sich die Frage, ob hier überhaupt eine Annahme durch eine Willenserklärung durch Stillschweigen denkbar ist. Ja, aber nur dann, wenn der Annehmende gerade durch sein Schweigen eine Vorstellung von seinem Annahmewillen hervorrufen will, und der andere von diesem Verhalten durch irgendwelche Umstände Kenntnis zu nehmen in der Lage ist. Indes dieser Fall scheidet hier als wertlos gänzlich aus; er wird vollkommen aufgesogen von der Kraft des Wörtchens „gilt".

Es wäre auch für den Gesetzgeber ein unsicherer Weg gewesen, es auf eine stillschweigende Willenserklärung ankommen zu lassen, wenn er das Zustandekommen des Vertrags in jedem Fall bei nicht ausdrücklicher Ablehnung erreichen wollte. Er ließ es auch nicht damit bewenden, daß er es in die Hände des Richters gab, auf dem Wege der Wiltensinterpretation nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte aus dem Stillschweigen den Annahmewillen zu lesen. Ohne Rücksicht auf das Fehlen oder Bestehen dieses Willens stellt er das Schweigen der Annahme gleich. Die Auslegung wird von ihm selbst gegeben, und zwar mit bindender Wirkung, so daß ein Gegenbeweis, das

[23]) Protokolle, a. a. O. S. 582.

Stillschweigen habe in concreto eine andere Bedeutung gehabt, ausgeschlossen ist (praesumtio iuris et de iure).

In der Tat wird in der Regel ein Annahmewille beim Stillschweigen vorhanden sein, tatsächlich würde auch der Richter durch Auslegung vielfach zum gleichen Ergebnis gelangen, aber beide Möglichkeiten schaffen nicht in gleichem Maße die Gewähr für die Annahme des Antrags wie die Fiktion.

Der Zweck der Vorschrift ist der, auch bei entgegenstehendem Willen des Antragsempfängers die rechtliche Wirkung der Annahmeerklärung zu erzeugen und sie mit einer über den tatsächlichen Willen hinausgehenden unabänderlichen Kraft auszustatten. Es steht ja im Belieben des Antragempfängers, die Wirkung der gesetzlichen Fiktion fernzuhalten, indem er unverzüglich ablehnt. Erst in zweiter Linie erhebt sich die unwiderlegliche Rechtsvermutung. Das Ge-Gesetz ist weit davon entfernt, eine Pflicht zur Uebernahme eines jeden Antrages aufstellen zu wollen. Dagegen aber legt es dem Antragsempfänger die Pflicht der Antwort auf und verleiht dieser Pflicht besonderen Nachdruck, indem es an ihre Verletzung die Straffolge der unwiderleglichen Vermutung knüpft.[24])

Diese Straffolge kann sich notwendigerweise nur gegen die Unterlassung der Ablehnungsanzeige richten. Denn daß das Gesetz auch für die Annahme eine Antwortpflicht statuieren wollte, kann wohl nicht angenommen werden. Hier ist die Geschäftsbesorgung die beste Antwort, es sei denn, daß die Natur des Geschäfts eine Annahmeerklärung unvermeidlich erscheinen läßt.

Der Charakter der Sondervorschrift tritt erst deutlich hervor bei einem Vergleich mit der Parallelbestimmung des § 362 HGB., dem § 663 BGB. Auch hier besteht eine Antwortpflicht für Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind oder sich öffentlich erboten haben, oder die sich einem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten haben. Der wesentliche Unterschied in der Tragweite des § 362 HGB. und des § 663 BGB. liegt darin, daß bei letzterem das Schweigen keinen Vertrag zustande bringt. Die Folge der Verletzung der Anzeigepflicht ist hier nicht die Annahme, sondern die Verpflichtung zur Entschädigung.

So objektiv eindeutig der § 362 auch gefaßt ist, es tauchen § 8
doch — und gerade deshalb — Zweifelsfragen auf, die Anlaß zu einer kurzen Untersuchung geben. Es läßt sich nicht leugnen, daß unsere Bestimmung in auffallender Weise die Interessen des Antragstellers betont, der beim Nichteintreffen einer

[24]) Vergl. Sehling, a. a. O. S. 267.

Antwort sich darauf verlassen darf, daß der Antrag angenommen wurde; er kann damit das Geschäft als abgeschlossen betrachten, kann seine Dispositionen treffen, ohne sich erst fragen zu müssen, ob er aus dem Schweigen die Billigung des Gegners schließen durfte oder nicht. Der Vertrag kommt auch dann zustande, wenn keine stillschweigende Willenserklärung des Empfängers vorliegt, aber auch selbst dann, wenn der Antragsteller überhaupt kein Bewußtsein davon hatte, daß seine Unterlassung als Ausdruck eines Geschäftswillens aufgefaßt werden könnte. Darin liegt eine wesentliche Abweichung von der Vorschrift des § 151 BGB. „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande" — so lautet diese Vorschrift — „ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist...." Eine Annahme ist hier erforderlich, sie braucht nur nicht „erklärt" zu werden. Dem Antragsteller wird der Annahmewille durch andere Momente, wie sie die Verkehrssitte bietet, übermittelt. Vielfach wird das durch die Ausführung der Handlung selbst geschehen, durch eine Willensbetätigung. Aber immerhin setzt § 151 BGB. wenn schon nicht einen Kundgebungswillen, so doch ein Kundgebungsbewußtsein voraus, das Bewußtsein nämlich, daß das Schweigen einen rechtsgeschäftlichen Charakter trägt.

Anders liegt der Sachverhalt bei § 362 HGB. Der Vertrag entsteht schon allein durch Schweigen des Antragsempfängers. Wenn hier in jedem Fall Schweigen soviel wie Annahme ist, so möchte man sagen, der Vertrag komme zustande durch Antrag und Schweigen.

Gerade die Objektivität dieser Norm ist es, die die Last der Verantwortung allein auf die Schultern des Schweigenden abwälzt. Es bedarf deshalb einer Erörterung dessen, was hier „Schweigen" heißt. Soll es soviel bedeuten wie Ausbleiben einer Antwort? Das kann nicht sein, diese Argumentation würde zu Fehlurteilen führen. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Antragsempfänger seine Ablehnung unverzüglich absendet, sein Schreiben aber dem Antragsteller zu spät oder überhaupt nicht zugeht. Dieses Ausbleiben einer Antwort als Schweigen aufzufassen, würde nicht nur in höchstem Grade unbillig sein, es würde auch dem Sinn des Gesetzes vollkommen widersprechen: Die Antwortpflicht wurde ja erfüllt. Da also keine Verletzung dieser Rechtspflicht vorliegt, ist auch für die Straffolge kein Raum.

Betrachtet man das Schweigen vom Standpunkt des Antragsempfängers aus und setzt es der Unterlassung einer Aeußerung gleich, so werden nicht minder große Bedenken auftauchen. Angenommen, dem Adressaten war der Antrag zwar zugegangen, aber nicht zur Kenntnis gelangt, weil er

z. B. schwer erkrankt war, sodaß er faktisch nicht antworten konnte. Gilt auch hier Schweigen als Annahme? Der Adressat wird einwenden: Ich hatte keine Möglichkeit, zu antworten, ich wußte nichts von dem eingelaufenen Antrag, ich hatte überhaupt kein Bewußtsein davon, ich konnte weder zustimmend noch ablehnend dazu Stellung nehmen, ich konnte deshalb auch nicht schweigen. Hier liegt der springende Punkt. Es wurde schon festgesetllt, daß es beim § 362 durchaus nicht auf einen Willen oder auf ein Bewußtsein des Antragsempfängers ankommt, darauf gerichtet, der Antragsteller werde aus dem passiven Verhalten die Annahme oder Ablehnung entnehmen können; diese Willens- oder Bewußtseinsfunktion zu umgeben ist ja der Zweck des § 362. Hier aber richtet sich die Frage nach etwas anderem. Nicht darauf, ob das „Schweigen" in Beziehung treten muß zum Antragsteller, sondern ob es zum eingelaufenen Antrag selbst eine Beziehung haben muß; anders ausgedrückt, ob überhaupt geschwiegen werden kann auf etwas, was in der Vorstellung eines Menschen gar nicht existiert.

Es fehlt hier jeder subjektive Zusammenhang mit dem zum Reden oder Schweigen Anlaß gebenden Objekt. Das Verhalten ist ein ganz selbstverständlich passives. Das Schweigen ist ein reines Nichts.

Die Frage, ob das Schweigen des § 362 das subjektive Moment enthalten muß, ist m. E. zu verneinen. Man braucht sich bloß zu vergegenwärtigen, daß der Adressat dieselben Einreden auch in einem anderen Fall mit demselben Grunde bringen könnte: Der Adressat hat zwar von dem Antrag Kenntnis genommen, wollte sich dann innerhalb der durch das „unverzüglich" gesetzten Zeitspanne seine Antwort überlegen — was sein gutes Recht ist — und vergaß es schließlich. In dem Zeitpunkt, in dem er hätte antworten sollen, dachte er nicht mehr an den Antrag. Ist in diesem Augenblick sein Schweigen nicht auch ein reines Nichts? Aber sollte deshalb seine Vergeßlichkeit, seine Nachlässigkeit geschützt sein? Es kann doch wohl nicht angenommen werden, daß er sich von seiner Verpflichtung und von der fingierten Annahme dadurch freimachen kann, daß er sagt: Ich habe nicht geschwiegen, ich konnte nicht schweigen, ich hatte in dem Augenblick, wo ich hätte antworten sollen, kein auf den Antrag gerichtetes Bewußtsein, ich wußte nicht, daß ich schwieg.

Der ganze Sinn und Zweck des § 362 ergibt, daß das Schweigen objektiv zu nehmen ist. Auszugehen ist von der Antwortpflicht. Diese entsteht nicht erst mit der Kenntnisnahme des Adressaten vom Antrag, sondern schon mit dessen Zugehen. Persönliche Verhinderung des Adressaten, sei es Abwesenheit, Krankheit u. dgl. können den Zugang im Sinn des § 130 Abs. 1 BGB. nicht verhindern. Mit dem Zugang

aber wird im Falle der Ablehnung die Pflicht zur Antwort begründet. Wird sie nicht erfüllt— sei es aus welchem Grunde auch immer — so tritt selbsttätig die Annahme in Wirkung. Denn noch weniger kann man den Beweis des Fehlens eines Willens oder Bewußtseins zulassen, wenn man schon den Beweis des gegenteiligen Willens ausschließt.

Jeder Kaufmann, der unter § 362 fällt, muß wissen, daß er sein Unternehmen so einzurichten hat, daß er Eventualfällen gewachsen ist; er muß wissen, daß er für jedes Nichtbeantworten eines zugegangenen Antrags die Verantwortung selbst trägt. Für den Fall der Verhinderung hat er zur rechten Zeit schon Vorkehrungen zu treffen.

Die Protokolle [25]) gehen in zwei Sätzen über die ganze Angelegenheit hinweg: Ist der Kaufmann nicht in der Lage (verschuldet oder unverschuldet) der Bestimmung des Artikels nachzukommen, so könnte man billig von ihm verlangen, daß er für einen Stellvertreter sorge.

---

[25]) Protokolle der Komm. z. Beratung eines ADHGB. S. 582.